



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A LÓGICA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA
LOCALIZAÇÃO DO JUSTO**

Mestrado em Direito/Ciências Jurídico-Políticas

Direitos Fundamentais

Autor

LAURO FONTES JUNIOR

Professor Orientador

Professora Doutora Sílvia Isabel Anjos Alves

2017

RESUMO

O artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é comemorado como sendo o instrumento que definitivamente colocou a humanidade, por meio dos direitos fundamentais, dentro do projeto do contrato social, arquitetura que desde sempre veio entremeando as relações sociais e os diversos matizes de forças que operaram em seu bojo. Mas não se tardou a perceber que entre a previsibilidade abstrata vazada pelos direitos fundamentais e a concretude de suas propostas haveria uma grande distância a ser rompida, como restou patente pelos desastrosos patrocínios na Segunda Guerra Mundial. Foi por isso que categorias plásticas, como dignidade, com o apoio da teoria da argumentação, procurou destravar a enorme distância entre o texto e o contexto na tentativa de desvelar e funcionalizar conceitos como o justo. Afinal, se por um lado as revoluções oitocentistas tiveram o mérito de identificar e capturar o estágio de equilíbrio haurido nas relações humanas naquele momento da história, expressão da humanidade que foi suficientemente cara para se ver convertida em signos linguísticos, na prática essa estabilidade, cujo intento era conferir segurança aos homens, acabou travando-lhe os possíveis e os novos estágios de equilíbrio nessas relações intersubjetivas, sempre em mutação. Com isso, o que se percebeu foi que essa categoria de direitos passou a calibrar qualquer roteiro de justo que se visse desenvolvido, deixando-se em segundo plano aquilo que lhe é subjacente e foi idôneo para nos conduzir até aquele momento. Desse maneira, matizes diversos, reduzidos no neologismo neoconstitucionalismo, outrora interpretados como pós-positivismo, confundindo-se planos da teoria constitucional com a filosofia, tentam avançar, muito embora não consigam senão incorporar novas disfunções ao permitir que a política e o jurídico se sobreponham pelo Estado-juiz na missão de localizar o justo. Conformando-se as regras estipuladas no Despacho 6322/2016 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nosso escopo cinge-se em revisitar os paradigmas tradicionais que acabaram sendo herdados de modo inadvertido e hoje são tidos como axiomas pela Ciência do Direito, e que, certo modo, são os responsáveis pela aporia que nos encontramos. Pois, se foi esse o cabedal de premissas que auxiliou na identificação dos princípios fundamentais, posteriormente convertidos à categoria dos direitos fundamentais, não podemos negar que também daqui se partiu um padrão desenvolvimento epistemológico incompatível com variáveis como dissenso, diversidade, diferença, expressões típicas de uma humanidade cujas experiências e valores são cambiados em rede e precisam ser considerados

na busca do justo atual. Em face disso, nossa investigação pretende observar a evolução dos direitos fundamentais sob outro ângulo, de tal forma que, com o apoio de uma nova visão da teoria epistemológica e da teoria constitucional, v.g., um novo conceito de justo possa ser prospectado à nova configuração da humanidade.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Princípios Fundamentais; Humanidade em Rede, Teoria da Argumentação; justo.

ABSTRACT

The Article 16th of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 has been celebrated as being the instrument that has definitively put humanity, through fundamental rights, inside the social contract project, a structure that has always been merging social relations and different shades of forces that have operated within its essence. But it did not take a long time for society to realize that between abstract foreseeability leaked by fundamental rights and the strength of its proposals there would be a milestone to breach, as it was cleared by the follies sponsored during World War II. This is the reason why expressions such as dignity, with the support of the theory of argumentation, have sought to unlock the enormous distance between text and context in an attempt to unveil and make functional concepts such as justice. After all, if, on the one hand, the eighteenth-century revolutions had the merit of identifying and capturing the equilibrium stage in human relations at that moment in history, expression of humanity that was sufficiently expensive to see itself converted into linguistic signs, in practice this stability, in which the intent was to confer security on men, ended up refraining possibilities and new stages of equilibrium in those ever-changing intersubjective relations. What was perceived is that this category of rights began to calibrate every way to justice that could be developed, leaving behind what had been inferior to the entitlements and what had been suitable to lead us up to that moment. In this way, several nuances, reduced under the neo-constitutionalistic neologism, once interpreted as post-positivism, confusing plans of the constitutional theory with the philosophy, they try to move forward, even though they have only incorporated new dysfunctions by allowing politics and law into an overlapping as the State Judge in the task of achieving justice. According to the rules stipulated in Order 6322/2016 of the College of Law of the University of Lisbon, our scope is focused on revisiting the traditional paradigms that have been inadvertently inherited and today are considered as axioms by the Science of Law, and that, in a way, they are the responsible for the aporia that we have found ourselves. Notwithstanding, if these were the foundations that helped in the identification of fundamental rights, Subsequently converted to the category of fundamental principles, we cannot deny that it has also started from this point an epistemological development pattern incompatible with variables such as dissent, diversity, difference, typical expressions of a humanity whose experience and values are changed in network and need to be considered in the search for the current meaning of justice. On the

face of it, our research intends to observe the evolution of fundamental rights from another angle, hence, e.g. with the support of a new vision of epistemological theory and constitutional theory, a new concept of justice can be prospected for this new configuration of humanity.

Key words: Fundamental Rights; Fundamental Principles; Humanity in Network, Argumentation Theory; justice.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Roteiro estático da estrutura semiótica	p. 52
Figura 2 – Roteiro dinâmico da estrutura semiótica	p. 59
Figura 3 – Diagrama do fluxo comunicação	p. 61
Figura 4 – Mensagem transmitida com ruídos	p. 62
Figura 5 – Bloqueio de ruídos pelos princípios fundamentais	p. 63
Figura 6 – Relações entre sistemas: visão clássica.....	p. 73
Figura 7 – Relações entre sistemas: comunicação em rede.....	p. 74
Figura 8 – Funcionamento do mecanismo de retroalimentação.	p. 132
Figura 9 – Funcionamento do mecanismo de retroalimentação pelos princípios fundamentais	p. 133

ABREVIATURAS

Art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de descumprimento de Preceito Fundamental
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal Alemão
BVerfGE	Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Cf.	Conferir
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ed.	Edição
EUA	Estados Unidos da América
Fig.	Figura
GG	Grundgesetz – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha)
OIT	Organização Internacional do Trabalho
Org.	Organização
p.	Página
TCF	Tribunal Constitucional Federal Alemão
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
V.	Vide
vol.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 12
CAPÍTULO I – REESTABILIZAÇÕES NECESSÁRIAS À CIÊNCIA DO DIREITO
.....	p. 17
1. Proposta do Capítulo.....	p. 17
2. Compreensão do pós-positivismo	p. 17
3. Compreensão da categoria dos valores.....	p. 22
<i>3.1. O erro de partida dos valores no direito moderno.....</i>	<i>p. 24</i>
<i>3.1.1. A decomposição teórica dos valores.....</i>	<i>p. 29</i>
<i>3.1.2. A composição do valor pela Ciência do Direito</i>	<i>p. 32</i>
<i>3.1.3. A mecânica axiológica na dogmática jurídica e a necessidade de outro perfil epistemológico.....</i>	<i>p. 33</i>
<i>3.2. Uma compreensão necessária: da teoria dos valores à moral social.....</i>	<i>p. 35</i>
<i>3.3. Da arquitetura moral do contrato social a propostas heurísticas ao justo</i>	<i>p. 37</i>
<i>3.3.1. Leituras propositivas dos princípios fundamentais na arquitetura social</i>	<i>p. 40</i>
4. O direito, a linguagem e o mundo	p. 43
<i>4.1.Direito e linguagem: da explicação à interferência.....</i>	<i>p. 46</i>
<i>4.1.1. A relação entre o contrato social e o potencial ilocucionário dos comandos constitucionais</i>	<i>p. 47</i>
<i>4.1.2. Perfis de ativação do atributo ilocucionário dos comandos constitucionais</i>	<i>p. 49</i>
<i>4.2. Uma nova perspectiva: os princípios fundamentais como metalinguagem-sintaxe ...</i>	<i>p. 53</i>
<i>4.2.1. Noções propedêuticas</i>	<i>p. 53</i>
<i>4.2.2. As perspectivas pragmáticas e sintáticas diante de uma nova perspectiva dos princípios fundamentais.....</i>	<i>p. 55</i>
<i>4.2.2.1.A dinâmica da metalinguagem-sintaxe.....</i>	<i>p. 60</i>
5. Repensando o conceito de sistema jurídico	p. 64
<i>5.1. Os sistemas jurídicos: delimitação de nossa abordagem.....</i>	<i>p. 64</i>
<i>5.2. O sistema jurídico e as razões do direito</i>	<i>p. 66</i>
<i>5.2.1. Indicativos para a superação dos problemas correlacionados à abertura sistêmica</i>	<i>p.71</i>
<i>5.2.2. Razões do direito: perspectiva dinâmica e sobressistêmica</i>	<i>p. 74</i>
<i>5.2.2.1. Razões do direito: a dinâmica caótica da modernidade.....</i>	<i>p. 77</i>

6. Conclusões do capítulo.....	p. 79
CAPÍTULO II - TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO	p.80
1. Proposta do capítulo.....	p. 80
2. Teoria da Argumentação em Aristóteles	p. 82
2.1. <i>Dimensão lógica-formal da argumentação</i>	<i>p. 83</i>
2.2. <i>Dimensão pragmática da argumentação</i>	<i>p. 87</i>
3. Teoria da Argumentação de Theodor Viehweg	p. 88
3.1. <i>Desenvolvimento teórico</i>	<i>p. 89</i>
3.1.1. Particularidades do raciocínio tópico	p. 90
3.2. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 91</i>
4. Teoria da argumentação em Chaïm Perelman	p. 94
4.1. <i>Formulação teórica</i>	<i>p. 95</i>
4.2. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 99</i>
5. Teoria da Argumentação de Toulmin.....	p. 100
5.1. <i>Formulação teórica</i>	<i>p. 100</i>
5.2. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 103</i>
6. Teoria da Argumentação de MacCormick.....	p. 104
6.1. <i>Formulação teórica</i>	<i>p. 104</i>
6.2. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 107</i>
7. Teoria da argumentação jurídica em Robert Alexy	p. 108
7.1. <i>Formulação teórica</i>	<i>p. 108</i>
7.1.1. Aspecto formal da teoria da argumentação	p. 108
7.1.2. Aspecto material da teoria da argumentação	p. 109
7.2. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 112</i>
8. Teoria da argumentação em Habermas	p. 115
8.1. <i>Formulação teórica</i>	<i>p. 117</i>
8.2. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 120</i>
9. Teoria da argumentação em Manuel Atienza	p. 120
9.1. <i>Formulação teórica</i>	<i>p. 121</i>
9.1.1. Concepções formal e material da argumentação	p. 121
9.1.2. Concepção pragmática da argumentação	p. 123
9.3. <i>Análise crítica.....</i>	<i>p. 123</i>
10. Conclusões do capítulo	p. 124

CAPÍTULO III – OS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE	
UMA REALIDADE SISTÊMICA	p. 125
1. Proposta do capítulo	p. 125
2. Notas introdutórias ao capítulo	p. 126
<i>2.1. O que deixamos escapar das revoluções oitocentistas?.....</i>	<i>p. 126</i>
<i>2.1.1. O contrato social como razões do direito</i>	<i>p. 129</i>
<i>2.2. Ponto de partida para compreensão dos princípios fundamentais.....</i>	<i>p. 131</i>
<i>2.2.1. O contexto (pragmática) na calibragem da força dos princípios fundamentais</i>	<i>p. 133</i>
3. Princípios fundamentais enquanto razões de justificação e validade do direito	p. 139
<i>3.1. A estrutura das razões associadas aos princípios fundamentais</i>	<i>p. 141</i>
<i>3.1.1. Traços heurísticos de uma teoria cibernética humanizada no manejo dos princípios fundamentais.....</i>	<i>p. 145</i>
4. Conclusões do capítulo	p. 149
CAPÍTULO IV – AS TEORIAS NEOCONSTITUCIONAIS.....	p. 151
1. Proposta do capítulo	p. 151
2. O surgimento do pós ao que não estava dando certo.....	p. 152
<i>2.1. A historiografia da eficiência: o fracionamento da história pelo direito e sua busca pelo conceito de validade universal</i>	<i>p. 153</i>
<i>2.2. O que ficou de fora do operador do direito e como resgatá-lo?.....</i>	<i>p. 155</i>
<i>2.2.1 Absorção da história pela teoria do contrato social e suas reverberações na teoria do direito.....</i>	<i>p. 159</i>
<i>2.3. Uma leitura possível do pós-positivismo: a teoria crítica como base da teoria neoconstitucional.....</i>	<i>p. 160</i>
<i>2.3.1. O surgimento da teoria crítica</i>	<i>p. 160</i>
<i>2.3.2. Uma variante da teoria crítica para os países em desenvolvimento: Do <i>jus gentium</i> ao Concílio do Vaticano II</i>	<i>p. 162</i>
3. O desenvolvimento dogmático das teorias neoconstitucionais	p. 164
<i>3.1. Notas Introdutórias.....</i>	<i>p. 164</i>
<i>3.1.1. Os reflexos das teorias neoconstitucionais no contrato social.....</i>	<i>p. 166</i>
<i>3.1.2. Revolução da teoria normativa: o surgimento dos princípios e seu suposto ponto de partida moderno.....</i>	<i>p. 168</i>
<i>3.1.2.1. A teoria dos princípios segundo a teoria neoconstitucional</i>	<i>p. 169</i>
<i>3.1.2.2. O grau distintivo da força normativa concedido pela teoria crítica.....</i>	<i>p. 171</i>

3.1.3. A incorporação da teoria dos valores pela teoria neoconstitucional	p.172
3.1.3.1. O conceito de dignidade como chave de ajuste e correção do contrato social	p. 174
3.1.4. Os reflexos da teoria neoconstitucional na teoria da argumentação jurídica	p.177
4. Conclusão do capítulo	p. 178
CAPÍTULO V – UMA PROPOSTA DE ARGUMENTAÇÃO NO ESTÁGIO ATUAL DO DIREITO.....	p. 179
1. Proposta do capítulo	p. 179
2. Paradigmas revisitados.....	p. 181
<i>2.1. O direito, o raciocínio causalista, noção de primeira causa e a formação dos conceitos...</i>	
.....	p. 181
<i>2.1.1. A evolução diacrônica dos conceitos jurídicos no bojo do contrato social e o surgimento do raciocínio causalista do operador do direito</i>	<i>p. 182</i>
<i>2.1.2. Uma proposta de desenvolvimento diacrônico.....</i>	<i>p. 185</i>
<i>2.1.2.1 A teoria do conhecimento reclamada pelo justo.....</i>	<i>p. 187</i>
3. Reflexos na dogmática jurídica	p. 189
<i>3.1. Como localizar e operacionalizar os princípios fundamentais.....</i>	<i>p. 189</i>
<i>3.2. Uma proposta de argumentação jurídica relacionada aos princípios fundamentais .</i>	<i>p. 192</i>
CONCLUSÕES.....	p. 196
BIBLIOGRAFIA	p. 200

INTRODUÇÃO

Desde que o homem passou a conviver com seu semelhante, diversas estruturas de organização, que passaram a ser conhecidas pelas teorias que têm como objeto o contrato social da humanidade, foram sendo projetadas e testadas para entremear esses contatos. Evidentemente que cada modelo projetado privilegiou engrenagens específicas para equilibrar essas relações, o que não só trouxe padrões singulares de poder interno de organização como, de forma coerente, tais arquiteturas legitimavam e indicavam o conceito de justo¹. Embora R. C. Van Canaegem veja que essas engrenagens tenham conquistado textura a partir da Baixa Idade Média com o surgimento daquilo que mais tarde seria compreendido por Estados-nações², algo similar já era desenhado por Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.)³. O que nos habilita a afirmar que essa arquitetura contratual não só passou a conformar as ações humanas, como também não deixou de ser um modelo de idealização do devir. Quando Santo Agostinho (354 d.C. – 430 d.C.) pretende aplacar a indignação dos romanos ao verem seu império cair nas mãos dos visigodos, alude que uma coisa seria o padrão da arquitetura ideal, denominada Cidade de Deus, e outra, bem diferente, seria aquele simulacro deficiente que os homens insistem em patrocinar seus passos⁴, afinal, como observa Cícero (106 a.C. – 43 a.C.), essa arquitetura não pode ser encarada como sendo um projeto acabado⁵, devendo ser valorizada sua vocação de aprender e reorientar as relações que acontecem em seu bojo até que se possa aportar nesse estado ideal⁶.

Não é sem razão que a Ciência do Direito logo aprende a lição e se esforça para compreender essa dinâmica. Se Hobbes (1588-1679) coloca naquilo que chama de *Leviatã*, um elemento artificial e fora da estrutura para controlar as engrenagens que operam nesse sistema⁷, Locke (1632-1704) humaniza essa arquitetura e antecipa o conceito de ponderação,

¹ Cf. Carlos Santiago Nino, “Justiça”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 1993, pp. 61-74 (disponível online).

² Cf. R. C. Van Canegem, *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*, trad. por Alexandre Vaz Pereira, Lisboa, 2009, pp. 31 ss.

³ Cf. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, trad. por Torrieri Guimarães, 6ª ed., São Paulo, 2001, pp. 9-46.

⁴ Cf. Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. I, trad. por Oscar Paes Leme, Bragança Paulista, 2003, pp. 28 ss.

⁵ Cf. Cícero, *Da República*, trad. por Amador Cisneiros, 2ª ed., São Paulo, 2011, p. 61.

⁶ *Ibidem*, pp. 31 e 107.

⁷ Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, trad. por Rosina d’Angina, 2ª ed., São Paulo, 2012, pp. 136 ss.

já que entende que o contrato social deve considerar os interesses subjacentes a estrutura⁸. E, se foi com a introdução do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que essa arquitetura definitivamente se altera, incrustando a categoria dos direitos fundamentais na estrutura do contrato social, a abstração desse projeto, que se iniciou na fase escolástica⁹, só foi revertida com os horrores vividos na Segunda Guerra Mundial. Afinal, foi a partir deste momento que somos forçados a encontrar na categoria dos direitos fundamentais a dimensão valor-dignidade¹⁰ a saída que a dogmática jurídica¹¹ procurava para corrigir as injustiças que ainda participavam das relações humanas.

Mas como o mundo se subdivide em vários matizes contratuais, cada qual concebendo um desenvolvimento dogmático ajustado às suas contingências, essa categoria normativa encontra várias formas de destravar os projetos constitucionais. Se para alguns o que se exigiria seria apenas pequenos ajustes de adaptação nos direitos fundamentais clássicos, já que na atualidade muitas sociedades privadas têm o mesmo potencial invasivo dos Estados de antigamente¹², nos países em desenvolvimento, onde o grau de contingência eleva-se exponencialmente, essa categoria normativa não só se transmuta na régua para customizar a equidade em todas as relações jurídicas¹³, como vem sendo utilizada para dar concretude ao programa constitucional incumprido. Desde então várias expressões teóricas são desenvolvidas e, mesmo que a crise pela qual passa a teoria do contrato social é uma realidade que alcança até mesmo os países supostamente desenvolvidos, como sinalizam John Rawls¹⁴ e Robert Nozick¹⁵, é nos locais de pouca maturidade política que o contrato social é forçado ao limite, já que permite que juízes passem a atuar de forma supletiva aos agentes políticos na tentativa de neutralizar aquele perfil de constitucionalismo nominal de Karl Löwenstein

⁸ Cf. John Locke, *Segundo Tratado sobre o Governo*, trad. por Alex Marins, São Paulo, 2011, p. 17.

⁹ Cf. Howard Zehr, *Trocando as Lentes: Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça*, trad. por Tânia Van Acker, São Paulo, 2008, pp. 103-107.

¹⁰ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012, pp. 161 e 256. Do mesmo autor, “Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares”, in *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, nº 5, Lisboa, 1981, pp. 233 ss.; Daniel Sarmento, “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro, 2001, pp. 60-62; André Rufino do Vale, *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, Porto Alegre, 2004, pp. 192-194.

¹¹ Dogmática é um signo linguístico que, importado da Igreja Católica, mostra-se extremamente instável. Nisso, seguiremos Robert Alexy, para quem o termo tem três tarefas: (a) análise dos conceitos jurídicos; (b) recondução dessa análise para dentro do sistema, como elemento de manejo, principalmente; e (c) como etapa de justificação pela argumentação jurídica (cf. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*, trad. por Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2011, pp. 249-250).

¹² Por todos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, pp. 232 ss.

¹³ Por todos, Wilson Steinmetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2004, pp. 186 ss.

¹⁴ Cf. John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, trad. por Jussara Simões/Álvaro de Vita, 4ª ed., São Paulo, 2016, p. 3.

¹⁵ Cf. Robert Nozick, *Anarquia, Estado e Utopia*, trad. por Fernando Santos, São Paulo, 2016, pp. 3-31.

(1891-1973), em que o texto apresenta-se como mero simbolismo, sem força de modelar a sociedade¹⁶⁻¹⁷. O que poucos conseguem perceber é que a dimensão das dificuldades na relação contrato social e justo não é tão simples como se supõe. Ao se distanciar do plano etnográfico, Gunther Teubner consegue constatar que a verdadeira crise do justo sistêmico não pode sequer ser visualizada na exploração do conceito de contrato social, pelo menos no modelo que nos trouxe até esse quartel da história¹⁸. Numa modernidade altamente plástica¹⁹ e marcada pelo dissenso²⁰, não nos basta simplesmente reaproximar os direitos fundamentais dos direitos humanos como forma de localizar o justo²¹⁻²², já que assim fazendo não estamos em nada reposicionando grande parte dos paradigmas que, até então, tem sido tratados como

¹⁶ Cf. Karl Löwenstein, *Teoría de Lá Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona, 1975, p. 220.

¹⁷ O Tribunal Constitucional brasileiro parte da doutrina dos deveres de proteção (cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet/Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2003), construção feita exclusivamente como alternativa à doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, que vem tentando legitimar o julgador na função do legislador positivo na realização dos direitos sociais (cf. Luís Fernando Matricardi Rodrigues, *A Proibição de Insuficiência e o STF: Há Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal?*, Relatório (especialização), Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009, pp. 64 ss. No mesmo sentido, Fabrício Meira Macêdo, “O Princípio da Proibição da Insuficiência no Supremo Tribunal Federal”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, ano 3, nº 9, 2014, p. 7.039; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, São Paulo, 2009, pp. 13-53. Contra, José Melo Alexandrino, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, 2011, pp. 179-203.

¹⁸ Cf. Gunther Teubner, *Fragmentos Constitucionais na Globalização*, trad. por Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, São Paulo, 2016, pp. 275 ss.

¹⁹ Cf. Zygmunt Bauman, *Tempos Líquidos*, trad. por Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, 2007, p. 7.

²⁰ Cf. Vicente Ramos Centeno, “Javier Muguerza: Ética, Razón, Utopía, Disenso”, in *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, nº 2, Madrid, 2014, pp. 55-66 (disponível *online*).

²¹ Uma vez esgotados os potenciais da 1ª e 2ª dimensões dessa classe normativa, somos levemente empurrados à figura-mãe, os direitos humanos, para tentar não nos descolar da dignidade. Böckenförde enxerga, pelo menos, cinco formas distintas para se proceder à interpretação pela categoria dos direitos fundamentais (cf. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. por Juan Luis Requejo Pagés/Ignácio Vllaverde Menéndez, Baden-Baden, 1993, pp. 44-65). Com isso, surgem linhas de desdobramentos como 3ª, 4ª, (...) gerações dos direitos fundamentais (cf. Guy Haarscher, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, trad. por Armando Pereira da Silva, Astória, 1997, pp. 50-55). Mas enquanto para alguns surgem marcos hermenêuticos distintos dos que se extraem dos Estados-nações (cf. José María Porras Ramírez, *Integração Supranacional: Dimensões da Proteção Multinível dos Direitos e Sistema de Governo da União Europeia*, trad. por Paulo Roberto Barbosa Ramos, São Paulo, 2016, pp. 87 ss.), para outros surgiriam nada além de disfuncionalidade (cf. Marcelo Neves, “A Força Simbólica dos Direitos Humanos”, in *Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, Salvador, 2005; José Oliveira Ascensão, “Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 103, São Paulo, 2008, pp. 278-279; Bernhard H. F. Taureck, *A Dignidade Humana na Era da sua Supressão: Um Escrito Polêmico*, trad. por Luiz Carlos Bombassaro, São Leopoldo, 2007 pp.15-17). Entretanto, não percamos o que anima todo esse movimento: a acomodação do justo, um conceito plástico (cf. Leon Grinberg, “Razón e Historia en La Idea de La Justicia”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 128, Concepción, 1964, pp. 36-37), num mundo não menos dútil. É nesse cenário de cidadania universal que Ricardo Lobo Torres se vale da filosofia do direito para reaproximar a teoria dos direitos fundamentais e dos direitos humanos (cf. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro, 2001, pp. 243-342).

²² Cf. Gunther Teubner, *Fragmentos...*, pp. 225-226.

axiomas e os quais, na verdade, não deixam de serem os responsáveis por nossos erros e aporias que hoje se pretende escoimar.

Neste sentido, o *objetivo* de nossa investigação cinge-se em localizar a força subjacente que desde sempre veio operando na harmonização das relações humanas, elevando o padrão de comportamento a níveis cada vez mais equânimes, e que foram encapsulados pela dogmática jurídica sob a alcunha de direitos fundamentais. Apesar de Jorge Miranda se limitar a nominá-la de princípios axiológicos fundamentais²³, nossa proposta pretende efetivamente compreendê-la sob os aspectos dogmáticos sem rótulos simplificadores como direito natural, aliás, um reducionismo classificatório que não deixa de criar problemas, como adverte Leo Strauss²⁴. Afinal, por meio de taxonomias falhas somos levados a divisar a historiografia do direito em fases que só se comunicariam pelo esforço do operador do direito. E hoje, se somente poucos, como Günther Dürig²⁵, compreendem que o fundamento-dignidade não deve ser simplificado como ponto de partida absoluto do sistema jurídico, inclusive para sindicar o próprio conceito de autonomia privada²⁶, não se tem muitas propostas metodológicas para avançar dessa fase, ou seja, como, depois de localizar um conceito de justo plástico que se calibra pela aprendizagem de uma dimensão relacional e histórica muito maior do que a nós, pode ser de alguma forma funcionalizada pelo direito.

Como se pretende desviar dos lugares-comuns, investiremos nas seguintes *delimitações positivas*: (a) Teoria da Argumentação: Ao lembrarmos que a argumentação não deixa de corresponder ao estudo da lógica, somos colocados diante da tarefa de encontrar alternativas de desenvolvimentos que possam ser condizente com as ciências do espírito, já que o operador do direito, quiçá pelo excessivo apego aos paradigmas herdados, não consegue, em todos seus intentos de avanços, desvencilhar das características que só têm coerência se estivermos diante daquelas ciências que não têm similitude com as ciências jurídicas. (b) Teoria Epistemológica: Por conta desse excessivo apego às ferramentais forjados para ciências estranhas ao direito, mais do que nunca precisaremos investir na

²³ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 5ª ed., Coimbra, 2012, p. 15.

²⁴ Cf. Leo Strauss, *Direito Natural e História*, trad. por Bruno Costa Simões, São Paulo, 2014, pp. 11 ss.

²⁵ Interessante é a construção de Günther Dürig. Longe das simplificações de *praxe*, na década de 50 demonstra que a dignidade não seria ponto de partida, mas uma construção oriunda do direito da personalidade que vem se desenhando na história. Se aparentemente houve juridicização após os horrores do Século XX, esse trajeto de desenvolvimento não pode significar tão só uma retrospectiva da dignidade cristã como contraposição ao conceito de personalidade liberal, afinal, ambos os conceitos invariavelmente são atômicos, incompatíveis com a evolução do instituto (cf. “A Concepção da Pessoa Humana da Lei Fundamental”, in *Escritos Reunidos 1952-1983*, trad. por António Francisco de Sousa/António Franco, São Paulo, 2016, pp. 95-110).

²⁶ Cf. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2009, pp. 561 e 590.

descoberta de uma nova teoria hermenêutica²⁷, ou seja, uma que, tal qual já permeava as ideias de Tobias Barreto no distante ano de 1875, consiga substituir o padrão de raciocínio causa-efeito²⁸, temática que só recentemente, após a sistematização de Hans Albert²⁹, despertou interesse da Ciência do Direito. Por fim, nosso último eixo de investigação diz respeito à (c) Teoria da Linguagem: Afinal, não sendo o direito senão uma espécie de linguagem, precisaremos compreender o que isso significa e pode significar na transformação de nossa realidade.

Com essas características, nosso estudo será dividido em duas partes. Na primeira, de cunho propedêutico, utilizaremos o Capítulo I para estabilizar, ainda que provisoriamente, conceitos que até então vêm sendo encarados como axiomas, versões incompatíveis com a senda que se procura investir. No Capítulo II realizaremos releitura das principais teorias de argumentação no solo jurídico, não deixando de apontar seus problemas, afinal, é por esse mecanismo que a dogmática constitucional tem sido expandida, não raro de forma inadvertida. Entraremos no Capítulo III com o intuito compreender os princípios fundamentais, substrato que se encontra na essência dos direitos fundamentais, e que acreditamos estar no centro de qualquer tentativa de expansão da dogmática jurídica da atualidade. Caracterização que só se completará aos passarmos pelo Capítulo IV quando, por exclusão, veremos o que estes princípios não podem ser, o que nos colocará diante de fenômenos como o neoconstitucionalismo e a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Finalizaremos nossa investigação no Capítulo V, espaço reservado para a consignação da proposta de elevação dos princípios fundamentais a outro plano operativo na realização do justo na atualidade, tudo mediante uma nova perspectiva da teoria da argumentação jurídica.

A *relevância* dessa investigação está em apresentar outra leitura possível da categoria dos direitos fundamentais e sua relação do justo nesse mundo que não mais se separa pela ficção dos Estados-nações.

²⁷ Cf. Boaventura de Souza Santos, “Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, Coimbra, 1997, pp. 11-32.

²⁸ Cf. Tobias Barreto, *Estudos do Direito*, Rio de Janeiro, 1892, pp. 5-22.

²⁹ Cf. Hans Albert, *Tratado da Razão Crítica*, trad. por Idalina Azevedo da Silva/Erica Gudde/Maria José P. Monteiro, Rio de Janeiro, 1976, pp. 26-27.

CAPÍTULO I – REESTABILIZAÇÕES NECESSÁRIAS À CIÊNCIA DO DIREITO

1. Proposta do Capítulo

Podemos ser questionados sobre os motivos de se reservar todo um capítulo para atualizações de noções que, aos olhos do operador, não reclamariam essa investida. Acontece que se pretende afastar do lugar-comum, insistir em conceitos repisados, que se legitimaram pela sua recursiva utilização, seria como querer chegar ao novo sem se desprender das velhas muletas que desde sempre vem nos empurrando pela inércia a reflexões, as quais, por sua vez, só conseguem ir poucos passos à frente insistindo na exploração de antiquadas fissuras forçadas na caverna de Platão. Um alerta: tais reestabilizações são provisórias, uma necessária antessala para se chegar até o último capítulo, onde serão elas submetidas a novas acomodações, consentâneas com as desconstruções e construções realizadas no curso dessa investigação.

2. Compreensão do pós-positivismo

Para muitos operadores do direito o positivismo jurídico pode ser sintetizado por dois fenômenos dogmáticos; a mecânica subsuntiva e a estabilização conceitual dos signos linguísticos. O fato é que não podemos representar todo o movimento positivista apenas por essas duas prospecções seletivas, afinal, se realmente se pretende falar em um pós-positivismo, bordão que hoje adorna o discurso daqueles que procuram atualizar a bitola epistemológica retirada da conversa mantida entre Platão e Gláucon³⁰, por certo que precisaremos demarcar um pouco mais seus lindes. Não é por outro motivo que Luís Roberto Barroso constata que o pós-positivismo chega a se confundir com o próprio neoconstitucionalismo, como se estivéssemos falando de uma só coisa³¹.

Por se desconhecer a diferença desses nichos, a prefixação *pós* não raro surge como a chave-mestra utilizada para destrancar qualquer projeto constitucional que, ao passar a ser calibrado pelas contingências, procura se legitimar pela ajuda dos contornos típicos de uma

³⁰ Cf. Platão, *A República*, trad. por Maria Helena da Rocha Pereira, 9ª ed., Lisboa, 2005, p. 317.

³¹ Cf. Luís Roberto Barroso, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional do Brasil*, Belo Horizonte, 2012, pp. 30-32.

argumentação sofista que, como veremos depois, prima mais pela robustez do discurso sensibilizado pelo apelo emocional do que pela lógica.

Saber o que poderemos pressupor como pós-positivismo passa por investigar o que positivismo é ou deixa de ser. E, investir nessa análise reclama saber que as linhas filosóficas, sejam elas quais forem, não surgiram ocasionalmente. Pois, como tudo que acompanha o tatear do homem no mundo, desenvolvem-se compelidas pelas necessidades.

Com essa proposta, temos que um ponto de partida crível ao positivismo possa ser visualizado em Santo Agostinho, já que, submerso num caldo cultural onde as ideias rompiam para todos os lados em razão do fracionamento do Império Romano³², seu retorno ao ideal platônico na tentativa de encontrar parâmetros para a movimentação do gênio humano abriu-nos sendas que não deixam de ser correlacionadas ao positivismo. Foi inserido nesse contexto que Agostinho teve contato com as dimensões de *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana* desenvolvidas por Cícero³³ e intuiu como os projetos construídos pelo homem poderiam conviver com aqueles ditados por Deus. Seria, a nosso sentir, essa a fase embrionária do positivismo, muito embora Bobbio veja que tais sinais só teriam surgindo com Hobbes, quando arquiteta uma teórica que pudesse manter e consolidar o *status quo*³⁴, personificado no reinado despótico da Casa dos Stuarts. Evidentemente que não estamos perante uma temática fechada, já que outros identificam rabiscos dessa construção filosófica em Lícfron, no período pré-socrático³⁵.

Entretanto, muito mais importante que a datação do surgimento filosófico, é compreender, como faz Gianluigi Palombella, que, o que se encontra por trás desse movimento, foi o surgimento de uma artificialidade voltada para controlar racionalmente o continuísmo³⁶. Assim, mais importante do que precisar datas, dificuldade que só confirma a tese de que esse engenho não surgiu de véspera, é identificar como sua engenharia subjacente foi ganhando compleição até alcançar um relevo funcional capaz de despertar o interesse da Ciência do Direito. Se hoje o Código Civil francês de 1804 é festejado como ponto de transmutação do direito natural ao positivismo jurídico, podemos dizer que esse diploma sequer carregava essa pretensão entre seus principais elaboradores. E não poderia ser

³² Cf. Helmut Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, trad. da 5ª ed. alemã por Elisete Anoniuk, Porto Alegre, 2002, pp. 48-49.

³³ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *História da Filosofia do Direito e do Estado – Antiguidade e Idade Média*, trad. por Adriana Beckman Meirelles, Porto Alegre, 2012, p. 247.

³⁴ Cf. Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, trad. de Márcio Pugliesi/Edson Bini/Carlos E. Rodrigues, São Paulo, 1995, pp. 25 ss.

³⁵ Cf. Gilbert Romeyer-Dherbey, *Os Sofistas*, trad. por João Amado, Lisboa, 1986, pp. 53-57.

³⁶ Cf. Gianluigi Palombella, *Filosofia do Direito*, trad. por Ivone C. Benedetti, São Paulo, 2005, pp. 11-13.

diferente, pois, educados sob o *Ancien Régime*, suas influências não deixaram de ser transferidas ao novo diploma normativo. Portalis, v.g., notabilizava-se por ser uma jurista de formação romanista, enquanto Tronchet carregava sólida formação em direito consuetudinário³⁷. O próprio Portalis, principal jurista que coordenava esse processo de condensação normativa, reconheceu que não se poderia romper com as experiências anteriores³⁸. Como Napoleão se mostrava um conquistador de territórios, o que se pretendia era tão só a possibilidade de se afastar o máximo da vocação etnocêntrica do direito natural, mas sem qualquer intenção de neutralizá-lo. Em verdade, tentava-se constituir um plexo normativo de vocação universal, quiçá uma fase controlada, tal qual já ocorrera naturalmente em Roma³⁹.

De todo modo, foi com Auguste Comte (1798-1857) que, de maneira mais nítida, fomos capazes de compreender como o positivismo, refletido na régua da história, significava tão somente mais uma das etapas transposta pela humanidade. Enquanto sociólogo, percebe que a forma de organização e compreensão da humanidade teria se originado na idade teológica, momento em que nossas ações e comportamentos buscavam uma validação no plano divino. Para Comte, depois dessa fase, esse plano de validação teria sido convertido à metafísica, ou àquele conhecimento que, por se amparar na reflexão, não tinha a mesma essência daquele da sensibilização oriunda do que era visível ou físico. Somente numa fase posterior, na antessala de uma organização societária universal, é que surgiria o positivismo⁴⁰. Como é possível ver, o positivismo apresenta-se como uma etapa em que a sociedade busca um grau de eficiência na tarefa de satisfazer adensamentos populacionais cada vez maiores. Teria sido neste sentido que o Código francês, na busca dessa eficiência, aproveita esta janela de oportunidade cuja etapa sequente é a universalização, não havendo mais espaço para a especulação⁴¹.

O grande problema que a Ciência do Direito, pelo menos neste momento, deixa passar de modo irrefletido, já que se limita a se satisfazer com incrementos de eficiência, foi o de não perceber que o ferramental filosófico escolhido nos foi dado pelos instrumentos típicos das ciências da natureza, cujos traços matemáticos acabaram por estimular no operador do direito a utilização do raciocínio dedutivo-formal. E isso interfere como o operador do direito coleta

³⁷ Cf. R. C. Van Caenegem, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, trad. por Carlos Eduardo Lima Machado, São Paulo, 2000, p. 6.

³⁸ *Ibidem*, p. 11.

³⁹ Cf. Miguel Reale, “Concreção de Fato, Valor e Norma no Direito Romano Clássico”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 49, São Paulo, 1954, p. 130.

⁴⁰ Cf. Raymond Aron, *As Etapas do Pensamento Sociológico*, trad. por Sérgio Bath, 7ª ed., São Paulo, 2013, pp. 83 ss.

⁴¹ Cf. Johannes Hessen, *Teoria do Conhecimento*, trad. por João Vergílio Gallerani Cuter, São Paulo, 1999, p. 35.

as informações para interferir na construção da realidade⁴². Na prática é o mesmo que dizer que o conceito jurídico, com o seu potencial de reverberação na realidade, deveria ser estabelecido por alguns poucos, restando aos demais sujeitar-se a esta circunstância. Quando se vai a Rousseau (1712–1778) conseguimos clarificar esse contexto ao se colocar em pauta o conceito de escravidão de Gróssio. De fato, para este, naqueles casos de guerra, quando um povo dominaria os vencidos, Gróssio entende que o povo vencedor poderia sujeitar o sucumbente ao seu conceito de escravidão⁴³, numa imposição de reflexos de cima para baixo.

Evidentemente que essa mecânica, que parte dos conceitos escolhidos por alguns para retirar deduções para interferir na realidade, se inclinaria a falhar ao ser transposta para outros nichos de investigação, como as ciências sociais. Não é sem motivos que Raymond Aron observa que Comte teria se sentido desconfortável diante de cenários de grande diversidade social⁴⁴. O interessante é que Durkheim (1858-1917), pouco tempo depois, compreende que qualquer projeto de fundamentação do direito – razões de justificação – deveria considerar que os sistemas sociais são divididos em castas sociais que se relacionam de forma hierarquizada⁴⁵. Nesse contexto de fundamentalidade cooperativa, não é de se estranhar que Portalis, ao dedicar-se ao Código Civil de 1804, tenha lançado críticas ao pensamento kantiano⁴⁶ que, mesmo sendo universalista, presente inclusive na base da fundamentação filosófica da Revolução Francesa⁴⁷, desprega-se dessa ideia de funcionalidade cooperativa. Afinal, ao não concordar com o empirismo de Hume (1711–1776), para quem as experiências sensórias não deixariam de corresponder a uma forma de aprendizagem e parametrização do homem no mundo⁴⁸, o que acabava legitimando o continuísmo histórico e, por via oblíqua, a fundamentalidade ao *Ancien Régime*, Kant (1874–1804) percebe que para neutralizar a legitimidade dessa organicidade inercial, o homem e sua reflexão individual e racional, precisariam ganhar mais espaço na arquitetura social.

No entanto, se no continente a procurada eficiência jurídica só conseguiu ser alcançada mediante a estabilização da interpretação, neutralizando possíveis arroubos solipsistas, essa matriz individualista seduziu interesses do outro lado do Atlântico. Começando do zero em terras estranhas, sem tempo de adaptações ou reinvenções teóricas, só restava aos

⁴² Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos de Moral Moderna*, trad. por Benno Dischinger, Petrópolis, 1994, p. 36.

⁴³ Cf. Jean-Jacques Rousseau, *O Contrato Social: Princípios do Direito Político*, trad. por Edson Bini, 2ª ed., São Paulo, 2015, pp. 14-19.

⁴⁴ Cf. Raymond Aron, *As Etapas...*, p. 83.

⁴⁵ Cf. Klaus Günther, *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*, trad. por Claudio Molz, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2011, pp. 73-93.

⁴⁶ Cf. Norberto Bobbio, *O Positivismo...*, p. 73.

⁴⁷ Cf. Will Dudley, *Idealismo Alemão*, trad. por Jacques A. Wainberg, Petrópolis, 2013, pp. 14-15.

⁴⁸ Cf. David Hume, *Investigações Acerca do Entendimento Humano*, trad. Anoar Aiex, São Paulo, 2006, p. 27.

estadunidenses protegerem e estimularem o que lhes sobrava, esse tal projeto de liberdade individual. Para Alexis de Tocqueville (1805-1859), como inexistia um *status quo* a ser mantido, essa liberdade precisaria ser estimulada como forma de se desviar dos modelos abstratos e intelectuais no desenvolvimento da nova nação, único ferramental que se encontrava à disposição⁴⁹. O interessante é que essa construção que se revela ao mesmo tempo cooperativa e individual, como democrática e meritocrática, parece recuperar uma conjunção de fatores que já havia sido imaginada por Wilhelm Von Humboldt (1767-1835)⁵⁰, gerando aquilo que John Dewey (1859-1952) mais tarde reconheceu como sendo uma democracia que se constrói no dia-a-dia por todos, sem imposição de cima para baixo⁵¹.

É neste cenário que floresce a corrente filosófica do pragmatismo como alternativa ao movimento positivista. Enquanto aqui “[se] rejeita qualquer tipo de observação indireta”⁵², o que colocaria seu operador dentro de um fechamento hermenêutico, Charles Pierce (1839-1914) destaca que era preciso encontrar alguma maneira de estar aberto às coisas que não se mostravam observáveis, mas que pudesse contribuir na formação do conhecimento, pois a construção de uma nação sem muita história para se apoiar não poderia se dar o luxo de dispensar tal substrato de auxílio. Não há como confundir o pragmatismo com o empirismo de Hume, afinal, enquanto este trabalha com um arsenal de conhecimentos experimentados no passado, o que possibilita sua utilização pelo raciocínio indutivo, o pragmatismo mira nas contingências futuras que vão surgindo e nem sempre podem se socorrer de situações estabilizadas. Esse modelo, adaptativo à realidade, só pode compreender “justo” ou “verdade” como posições provisórias, constatação que não deixará de ser captada pelo direito norte-americano.

Com efeito, seguindo por essa linha, a doutrina do *stare decisis* constrange uma via diferente, permitindo aos seus operadores raciocínios distintos dos formatos dedutivo ou indutivo, então cada vez mais enaltecidos no continente. Integrante do mesmo círculo de convívio de Pierce, o juiz da Suprema Corte Oliver Holmes (1841-1935), em sua clássica obra *The Common Law* (1881), refuta por completo esses formatos de raciocínio na realização do

⁴⁹ Cf. Alexis de Tocqueville, *A Democracia na América: Leis e Costumes*, livro I, trad. por Eduardo Brandão, 3ª ed., São Paulo, 2014, pp. 55-64.

⁵⁰ Cf. Wilhelm Von Humboldt, *Os Limites da Ação do Estado*, trad. por Jesualdo Correia, Rio de Janeiro, 2004.

⁵¹ Cf. John Dewey, “A Democracia Criativa: A Tarefa Diante de Nós”, in *Democracia Cooperativa: Escritos Políticos Escolhidos de John Dewey*, Augusto de Franco/Thamy Pogrebinski (orgs.), trad. por Traduzca, Porto Alegre, 2008, pp. 135-142.

⁵² Cf. John R. Shook, *Os Pioneiros do Pragmatismo Americano*, trad. por Fábio M. Said, Rio de Janeiro, 2002, p. 36.

direito⁵³, conquanto incompatíveis com a dinâmica da vida⁵⁴. Roscoe Pound (1870-1964) vai mais longe e percebe que as próprias estruturas de sustentação da sociedade, como a econômica e a ordem pública, correriam riscos se não se permitisse certa plasticidade ao direito⁵⁵. Diante disso, não podemos descartar os estudos realizados por Edward H. Levi (1911-2000), que se dedicou a entender a forma do raciocínio que passou a ser praticado em solo norte-americano. E, se Levi nos mostra que seria a analogia o fenômeno que estaria subjacente à construção do direito, de tal forma que a semântica da jurisprudência não se desconectaria da realidade⁵⁶, mais recentemente Lloyd L. Weinreb (1936 -) observa que o que se faz nos tribunais não deixa de ser reflexivo de um modo automático de pensar e racionar do homem comum, não havendo motivos para ser diferente na prática do dia-a-dia do direito⁵⁷.

Neste aspecto, podemos afirmar que a prefixação *pós* não pretendeu inaugurar qualquer continuidade nestes ramos filosóficos que, até então, vinham sustentado os desenvolvimentos da dogmática jurídica. Diante de novos problemas que só ganharam corpo com a modernidade, uma nova corrente filosófica precisou ser forjada. Antecipamos que os rabiscos dessa nova versão filosófica prospectam características de suas predecessoras, aglutinadas por uma teoria de valores que, mesmo não sendo nova, ao se reinventar pelo envernizamento permitido pela teoria constitucional, procurar funcionalizar de modo criativo a dogmática jurídica.

3. Compreensão da categoria dos valores

Uma coisa é certa, a teoria dos valores, enquanto ramo da filosofia, nunca deixou de refletir seus efeitos nas relações entre os homens, estando presente até mesmo nos projetos mais rudimentares do direito. O que precisamos descobrir é porque só agora, no último século, essa categoria ressurge ao direito como sendo a chave mestra para solucionar os problemas que continuam indomesticados pela dogmática de outrora. Não é errôneo atestar que, no que o constitucionalismo se tornou depois da Segunda Guerra Mundial, se num construto paladino ou num projeto disfuncional, depende da forma, e existem muitas, pelas quais foram ensaiadas reaproximações do direito com a teoria de valores. Longe estamos de

⁵³ Cf. Oliver Wendell Holmes, *O Direito Comum: As Origens do Direito Anglo-Saxão*, trad. por J. L. Melo, Rio de Janeiro, 1967, p. 29.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 54-55.

⁵⁵ Cf. Roscoe Pound, *Justiça Conforme a Lei*, E. Jacy Monteiro, São Paulo, 1965, p. 93.

⁵⁶ Cf. Edward H. Levi, *Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico*, trad. por Eneida Vieira Santos, São Paulo, 2005, pp. 43-91.

⁵⁷ Cf. Lloyd L. Weinreb, *A Razão Jurídica*, trad. por Bruno Costa Simões, São Paulo, 2008, pp. 97 ss.

afirmar que antes desse momento flertes já não tivessem ocorrido por parte da Ciência do Direito, inclusive nessa mais recente história da humanidade, pois, já nos idos de 1940 chamavam atenção os estudos patrocinados por Miguel Reale, Wilhelm Sauer e Jerome Hall, todos na tentativa de encontrarem uma terceira via que fosse capaz de superar o positivismo e o naturalismo, muito embora estudiosos do tema, como Carla Faralli, entendam que projetos desse jaez só vieram a ocorrer a partir da década de 60⁵⁸.

Diferentemente de Faralli, acredita-se que estamos diante de um fenômeno que desde sempre circundou a aplicação do direito e só recentemente se viu obrigado a cambiar estágios mais insultuosos para dentro da dogmática por conta do nível de contingências com que passamos a nos deparar. Se antes dos horrores da Segunda Guerra Mundial a teoria dos valores aproximava-se da Ciência do Direito com acanhamento, foi com o susto apadrinhado pela nossa “humanidade” que se desnudou o senso de justiça nos operadores do direito. Foi a partir daqui que passamos a depositar nessa teoria a tentativa de funcionalizar o justo, em especial pela entronização dogmática da chave-dignidade.

Como não podemos desprezar o roteiro diacrônico dos valores até à véspera da dogmatização científica, é significativo perceber que uma das grandes contribuições de Reale, a qual guarda similitude com as pesquisas de Gadamer, seria o fato de se ter constatado que o sujeito não poderia ser outra coisa senão resultado do fluxo cultural onde se encontra, ilação que conecta o elemento etnográfico à teoria dos valores. Logo, ao se tentar compreender uma dada realidade, sendo esta uma projeção objetiva dos valores, o *dever-ser* não estaria tão distante do *ser* quanto poderia supor o operador do direito⁵⁹, não sendo outro o motivo pelo qual Helmut Coing reconhece que os valores sempre estiveram onde o direito esteve, não conseguindo o homem jamais expurgar-se de suas influências⁶⁰.

A questão é que a dogmática não consegue avançar muito mais além da constatação de que os fatos, o sujeito e a norma não estariam separados fenomenologicamente⁶¹, em especial quando é chamada a desenvolver metódicas para funcionalizar os valores. A impressão que se tem é que o mais próximo que se chega de uma proposta metódica muito mais se assemelha

⁵⁸ Cf. Carla Faralli, *A Filosofia Contemporânea do Direito: Temas e Desafios*, trad. por Candice Premaor Gullo, São Paulo, 2006, pp. 11-25.

⁵⁹ Cf. Miguel Reale, “Fundamentos da Concepção Tridimensional do Direito”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 56, São Paulo, 1961, pp. 75-76.

⁶⁰ Cf. Helmut Coing, *Elementos...*, pp. 231-244. No mesmo sentido, Reinhold Zippelius, *Teoria...*, pp. 93-94.

⁶¹ Cf. Miguel Reale, “Fundamentos...”, p. 83. Do mesmo autor, “Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 88, São Paulo, 1993, p. 303.

ao registro taxonômico que envolve as dimensões do *dever ser* e *ser*⁶². Pois, ao se acomodar numa mesma categoria expressões como valores, dignidade e princípios-norma, a gerar uma inaudita conversibilidade, o que o operador do direito vem fazendo é extrair daí uma insólita metódica para intercambiar os atributos e características desses signos. Assim, se o signo valor não ostenta pendor reflexivo para além de o estático *ser*, ao ser aproximado da locução princípios-norma, acaba recebendo de empréstimo a marca dinâmica do *dever-ser*. Desse modo, muitos não veem com estranhamento o fato do jurista Jorge Bacelar Gouveia defender a tese de que a dignidade poderia exercer função nomogênese⁶³.

Diante desse contexto, nas seções que se seguem propomo-nos a esclarecer e aparar as diversas confusões que se tornaram comum e indubitavelmente encontram-se por detrás das críticas hoje comuns à referida aproximação – direito e valores.

3.1. *O erro de partida dos valores no direito moderno*

Se valores sempre existiram e noções de dignidade idem, qual teria sido o erro cometido pela dogmática jurídica no pós-guerra? Como delinearemos depois, o grande revés na revalorização dos valores foi termos abandonado o eixo filosófico e as suas possíveis derivações que, até então, vinham servindo de sustentação crítica da categoria.

Tangenciamos a ideia de que uma das formas de se compreender o positivismo jurídico seria dele derivar uma singular lógica, que aqui coincidimos com a acepção aristotélica do conceito (argumentação jurídica). Mesmo que juristas submetidos aos contornos da *common law*, como Lloyd L. Weinreb e Benjamin N. Cardozo⁶⁴, mostrem-se hábeis em desmontar o raciocínio dedutivo, pelo menos aqueles engendrados nos *Analíticos Anteriores* e *Analíticos Posteriores* de Aristóteles⁶⁵, tal esforço alcança pouca credibilidade

⁶² Sobre as características dos valores, Gerson de Britto Melo Boson, “Da Objetividade e Hierarquia dos Valores”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 7, São Paulo, 1955, pp. 17-34.

⁶³ Cf. José de Melo Alexandrino, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, *A Construção Dogmática*, Coimbra, 2006, p. 323.

⁶⁴ Cf. Benjamin N. Cardozo, *A Natureza do Processo Judicial*, trad. por Silvana Vieira, São Paulo, 2014, pp. 3-4 e 20.

⁶⁵ *Grosso modo*, tal forma de raciocínio pode ser entendida como aquele em que o operador do direito, partindo de premissas abstratas e gerais, como a norma jurídica (premissa menor), faz com que o caso concreto seja acomodado (premissa maior) em seu corpo, de tal forma que as conclusões jurídicas sejam elaboradas e emitidas no mundo jurídico, produzindo os regulares efeitos que se esperam.

científica ao percebermos que a distância entre os raciocínios dedutivos e indutivos não é tão grande como se imagina⁶⁶.

Se há equívocos nos movimentos que marcam os esforços de superação da lógica aristotélica, certamente que podemos tributá-lo ao fato de que poucos foram os que se debruçam com afinco nessa tarefa, pelo menos aqueles que tentaram fazer isso por meio da teoria dos valores. Alexy, para quem o tema se mostrou caro, não avança muito ao tentar realizar uma diferenciação estrutural entre valores e princípios, entre *ser* e *dever-ser*⁶⁷, como se fosse possível, além do aspecto didático, separar universos que desde Reale já vimos serem de sobreposição. Basta observar que ao tentar rumar à prática, essa divisão estrutural, que somente tem prestabilidade didática, reduz à insignificância qualquer proposta de diferenciação. Não deixa de ser interessante que vetores normativos como liberdade, igualdade e dignidade acabam sendo confundidos pelo próprio jurista. Pois, se num primeiro momento, o signo liberdade ostenta o qualificativo de regra; noutro, ao ser confundido com dignidade, recebe os caracteres de valor⁶⁸.

Como o desconforto científico do jurista só consegue ser aplacado pela introdução de marcações simbólicas, mesmo sabendo que o risco que isso nos traz é supor que o direito possa ser compassado por processos evolutivos não diacrônicos⁶⁹, parece-nos que o marco dogmático do recrudescimento oficial da teoria de valores, ao menos em grande parte do direito ocidental, teria ocorrido depois que o TCF, por meio de um extrato *obiter dictum* extraído do julgado BVerfGE 7,198⁷⁰, inaugura a tese de que caberia aos direitos fundamentais a missão de traduzir a ordem objetiva axiológica no sistema, aglutinando-o⁷¹. Curiosamente, e não nos furtaremos de demonstrar os motivos, vemos aqui senão retorno, quiçá pelo susto patrocinado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, às ideias de

⁶⁶ O que se infere ao relacionar elementos como *abdução* (*primeiridade*), raciocínio *indutivo* (*secundariedade*) raciocínio dedutivo (*terceiridade*). (cf. Charles Pierce, *Semiótica*, trad. por José Teixeira Coelho Neto, São Paulo, 2005 pp. 32 ss.).

⁶⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. por Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, 2015, pp. 144 ss.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 543 ss.

⁶⁹ Gustav Radbruch nota que essa é uma grande diferença entre as famílias da *common law* e da *civil law*. Enquanto aquela foi submetida a um desenvolvimento diacrônico, nos países do continente o direito foi por diversas vezes criado na tentativa de modelar a realidade (cf. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana*, trad. por Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro, 2010, pp. 31 ss.).

⁷⁰ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. de Leonardo Martins/*et. al.*, Montevideo, 2005, pp. 387-388.

⁷¹ Cf. Juan María Bilbao Ubillos, “La Eficacia Frente a Terceros de Los Derechos Fundamentales em el ordenamento Español”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), Coimbra, 2007, p. 192. No Brasil, por todos, Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 9, Salvador, março/maio 2007, p. 13 (disponível *online*).

Francisco Suárez (1548-1617), para quem haveria uma ordem racional, imutável e de validação universal da ordem jurídica⁷², incutindo-nos a pressuposição de único justo universal⁷³⁻⁷⁴. O problema, como irônica e tardiamente reconhece Carl Schmitt em 1950, já que no ano de 1934 era ele presidente da associação de advogados e nesta condição conclamava a todos a colocar a ciência jurídica à disposição do *Führer*⁷⁵, foi admitir que se incorporássemos padrões universais à dogmática seríamos conduzidos ao autoengano de universalizar leituras singulares e etnográficas do justo⁷⁶, como se os não convertidos ao padrão em voga pudessem ser adestrados por aqueles que primeiramente tiveram essa sorte.

De todo modo, não se mostra tão difícil compreender os motivos porque esse movimento ganhou apreço especial no continente. Diferentemente da figura correspondente à dignidade, que com certo esforço também pode ser localizada na *common law*, no continente, então muito mais próximo do terror, carecia-se de um mecanismo que pudesse empreender uma agilidade adaptativa que o pragmatismo já tinha se encarregado de introduzir nos Estados Unidos. Necessitava-se de um elemento que pudesse conceder plasticidade ao sistema, e essa foi a solução que se apresentou. Com esse deslocamento dogmático foi sustentado que os direitos fundamentais subjetivos confundir-se-iam com a sua dimensão objetiva (BVerfGE 57, 295)⁷⁷, o que permitiu a juristas, como Nipperdey, verem nessa categoria subjetiva a fundamentalidade de uma suposta dimensão objetiva⁷⁸. Uma dimensão que se projetaria sobre o todo de tal forma absoluta⁷⁹. Mas reconhecendo que estamos diante de um vácuo de precisão, outros, como Günter Dürig, preferiram avançar com mais vagar, afinal, mesmo sabendo que, de uma forma ou outra, os direitos fundamentais possam ser representativos de um sistema de valores⁸⁰, não se poderia fulminar, pelo influxo de leituras entusiasmadas, conquistas igualmente caras, como a autonomia⁸¹. Não podemos deixar de registrar que a

⁷² Cf. Leon Grinberg, “Razón...”, p. 43.

⁷³ Cf. Antônio de Vasconcellos Menezes de Drummond, *Preleções de Direito Internacional*, Recife, 1867, p. 12.

⁷⁴ Cf. J. B. Schneewind, *A Invenção da Autonomia: Uma História da Filosofia Moral Moderna*, trad. por Magda França Lopes, São Leopoldo, 2005, p. 86.

⁷⁵ Cf. Gustavo Zagrebelsky, “La Ley, El Derecho y La Constitución”, trad. por Carlos Ortega Santiago, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 24, nº 72, Septiembre-Diciembre, 2004, p. 20 (disponível online).

⁷⁶ Cf. Carl Schmitt, *O Nômos da Terra no Direito das Gentes do Jus Publicum Europaeum*, trad. por Alexandre Franco de Sá/Bernardo Ferreira/et. al., Rio de Janeiro, 2014, pp. 48-49.

⁷⁷ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta...*, pp. 475-483.

⁷⁸ Cf. Hans Carl Nipperdey, “Livre Desenvolvimento da Personalidade”, trad. por Luís Afonso Heck, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012, p. 77.

⁷⁹ *Ibidem*, p.78.

⁸⁰ Cf. Günter Dürig “Liberdade de Circulação”, trad. por Luís Afonso Heck, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012, pp. 11-12.

⁸¹ Cf. Günter Dürig, “Sobre o ‘acórdão Lüth’” do Tribunal Constitucional Federal de 15 de janeiro de 1958”, in *Escritos Reunidos 1952-1983*, trad. por Antônio Francisco de Sousa/Antônio Franco, São Paulo, 2016, pp. 55-

partir do momento que Schawbe, ao se propor a localizar uma saída intermediária, percebe que o gênio criativo humano, ao se querer ver livre qualquer grilhão epistemológico, enxerga sinais de aproximação entre a política e o direito⁸², identificamos uma senda que será levada aos limites pelas teorias neoconstitucionais. Muito embora este seja um tópico ao qual dedicaremos especial atenção a partir do Capítulo IV, o que Schawbe nos faz compreender é que, dessa ordem objetiva de direitos fundamentais, seria exequível a construção de modelos de Estados (BVerfGE 39, 1),⁸³ cuja vocação faria coincidir a ordem-quadro à ordem-fundamento outrora descrita por Böckenförde, como visto no julgado BVerfGE 13, 7⁸⁴. Ou seja, aquela configuração do Estado em que o legislador ordinário não teria qualquer discricionariedade, senão levar à concretude toda política que fosse idônea para realizar o projeto constitucional. Seja como for, com essa exigência da alta *performance* estatal, que somente se mostra defensável devido à pouca estabilidade de princípios como o da dignidade, a jurisprudência logo passou a admitir que esse comando axiológico pudesse dirigir e validar todo o sistema jurídico, apartando eventuais dúvidas que surgissem (BVerfGE 35, 202)⁸⁵, como se lhe fosse atribuída a função indicativa do justo.

Como se percebe, uma infinidade de propostas acabou surgindo. Propostas que, uma vez entronizadas à dogmática jurídica, trouxeram um extenso cardápio de possibilidades metodológicas para manusear o conceito de justo. Reinhold Zippelius, v.g., acredita que a dimensão dos valores deve ser encontrada nalgum substrato *a priori*⁸⁶ que, ante a dificuldade real de localização, o mais adequado a se fazer seria possibilitar que os membros de uma dada comunidade, numa estrutura semelhante ao auditório de Perelman⁸⁷⁻⁸⁸, pudessem ratificar os valores escolhidos pelo sistema. Uma proposta não só insuficiente, mas de certo modo ingênua, ainda que sob a rubrica de uma ratificação democrática. Como Dewey teria constatado, em casos limítrofes, uma leitura formal da democracia viabilizaria ideias de convencimento no mesmo sentido que outrora haviam sido exploradas por Goebbels na

67; “Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil”, trad. por Luís Afonso Heck, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012, p. 35.

⁸² Cf. Jürgen Shwabe, “O Chamado Efeito perante Terceiros dos Direitos Fundamentais para a Influência dos Direitos Fundamentais no Tráfico do Direito Privado”, trad. por José Roberto Ludwig, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012, pp. 91-133.

⁸³ Cf. Jürgen Schwabe, *Cinquenta...*, pp. 266-273.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 624.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 486-494.

⁸⁶ Cf. Reinhold Zippelius, *Filosofia do Direito*, trad. por António Franco/António Francisco de Souza, São Paulo, 2012, pp. 200-202 e 215.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 219.

⁸⁸ Sentido aproximado, Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e Objetividade na interpretação constitucional”, in *Direito e Interpretação; racionalidades e instituições*, Ronaldo Porto Macedo Jr/Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), São Paulo, 2011 (disponível *online*).

Alemanha *nazi*. Não por acaso que recentemente Celso Campilongo, ao compreender o sistema social como sendo uma rede de comunicações, nota que a mediação do direito, o que o transportaria para um nível de espetacularização, poderia gerar falsas percepções do fenômeno jurídico aos membros que compõem a sociedade⁸⁹. O pesquisador canadense Sean Purdy, em conjunto com outros pesquisadores brasileiros, observa que vivemos num mundo de cultura plastificada e consumista, cuja origem remonta a década de 50. Uma cultura que remota a matriz econômica ditada ao mundo pelos Estados Unidos⁹⁰, cujo padrão referencial outrora já foi objeto de crítica por Dewey⁹¹. Mas não há de novo, senão o verniz temporal. Variantes dessa faceta/plateia de legitimação já foram vistas no julgamento de Cristo⁹², ou mesmo no julgamento de Luís XVI quando da Revolução Francesa⁹³, *performances* que encontram eco na jurisdição da atualidade⁹⁴.

Mesmo que se vá dedicar todo um capítulo para a investigação de novas marcas epistemológicas ao direito, devemos reconhecer que só teremos algum êxito se já neste momento, por meio de técnicas de engenharia reversa⁹⁵, pudermos entender os motivos do direito vir se comportando de forma cíclica em relação à teoria de valores. Ou seja, os motivos pelos quais o direito sempre procura legitimar suas incursões no substrato axiológico em voga numa dada delimitação etnográfica.

O interesse é que ao investirmos nessa temática, acabamos nos aproximando de uma variante pouco explorada da teoria da argumentação. De fato, Shoshana Felman, ao tratar do julgamento de Eichmann, realizado em Jerusalém no ano de 1962, teria notado algo que passou despercebido por Hannah Arendt. Segundo observa, o julgamento de Eichmann teria colocado em cena aquilo que chamou de “história monumental”. Na essência, o que se constatou foi que os operadores do direito, sem muita consciência do que faziam, acabavam

⁸⁹ Cf. Celso Fernandes Campilongo, *O Direito na Sociedade Complexa*, 2ª ed., São Paulo, 2011, pp. 160-161.

⁹⁰ Cf. Leandro Karnal/Sean Purdy/Luiz Estevam Fernandes/*et. al.*, *História dos Estados Unidos: Das Origens ao Século XII*, 3ª ed., São Paulo, 2017, pp. 226 ss.

⁹¹ Cf. John Dewey, “A Democracia é Radical”, trad. por Traduzca, in *Democracia Cooperativa: Escritos Políticos Escolhidos de John Dewey*, Augusto de Franco/Thamy Pogrebinski (orgs.), Porto Alegre, 2008, pp. 129-131.

⁹² Cf. Rui Barbosa, “O Justo e a Justiça Política”, in *A Imprensa - Obras Seletas de Rui Barbosa*, vol. 8, Rio de Janeiro, 1957, pp. 67-71.

⁹³ “No fundo do coração não acreditam na culpabilidade de Luís, mas preocupados com os acontecimentos e atendendo à perda de prestígio do seu partido no caso de se pronunciarem a favor do rei, condenam-no.” (cf. Claude Bertin, “Luís XVI-Danton”, in *Os Grandes Julgamentos da História*, tradutores não informados, Rio de Janeiro, 1975, p. 118).

⁹⁴ Cf. Marcelo Novelino, “O STF e a Opinião Pública”, in *Jurisdição Constitucional e Política*, Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro, 2015, pp. 243-271.

⁹⁵ *Grosso modo*, é o processo de entendimento que se opera desconstruindo o todo e tentar compreendê-lo como as partes agem e se interagem.

selecionando extratos históricos com o intuito de impulsionar ações futuras⁹⁶, o que ganhará nitidez quando nos debruçarmos sobre o estudo de Scheler. Por ora, importa que Felman constatare que Eichmann passa a ser julgado não pelos seus crimes, mas pela condição de vítima de todo o povo judeu, correlacionando o conceito de auditório com a sensibilização pelo fenômeno da vitimização⁹⁷. Não é pouco, já que Felman sintoniza aqui o surgimento de uma nova forma de narrativa para a linguagem jurídica⁹⁸. Características que, como já dissemos linhas atrás, reprimem todo o verniz da argumentação sofista como forma de validar a teoria axiológica, aspecto que se revela perigoso, se não tivermos bem compreendidos os contornos da teoria dos valores.

3.1.1. A decomposição teórica dos valores

Linhas atrás foi sinalizado que um dos desafios atuais a que se propuseram os operadores do direito seria o de reaproximar a física da metafísica como forma de reajustar a dogmática jurídica à modernidade. Para Lothar Michel e Martin Morlok, representativos da maioria dos juristas ocidentais, isso teria sido definitivamente resolvida pela juridicização do princípio da dignidade, muito embora não consigam apresentar propostas metodológicas que pudessem tornar essa categoria operável dogmaticamente⁹⁹.

Na tentativa de ultrapassar essa usual lacuna, valendo-se das técnicas da engenharia reversa, é de se notar que a teoria dos valores é apenas um dos ramos que compõe a filosofia. Ao lado da teoria de valores, cujo escopo de investigação é a ética, a estética e a religião, ainda teríamos a teoria da ciência, que se preocupa com áreas do conhecimento e da verdade (lógica e a teoria do conhecimento), e a teoria da realidade, que projeta seu olhar sobre as concepções que se faz do mundo (metafísica e concepções do mundo)¹⁰⁰.

⁹⁶ Cf. Shoshana Felman, *O Inconsciente Jurídico: Julgamentos e Traumas do Século XX*, trad. por Ariani Bueno Sudatti, São Paulo, 2014, pp. 156-157.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 168.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 171.

⁹⁹ Cf. Lothar Michael/Martin Morlok, *Direitos Fundamentais*, trad. por António Francisco de Sousa/António Franco, São Paulo, 2016, pp. 151 ss.

¹⁰⁰ Cf. Johannes Hessen, *Filosofia dos Valores*, trad. por L. Cabral de Moncada, 3ª ed., Coimbra, 1967, pp. 19-24.

Sinteticamente, a filosofia pode ser assim decomposta:

Eixo da filosofia	Objeto de estudo	Núcleo temático
Teoria dos Valores	Moral / Valor / Arte	Ética / Estética / Religião
Teoria da Ciência	Conhecimento / Verdade	Teoria do conhecimento / Lógica
Teoria da Realidade	Concepções do mundo	Metafísica e Teoria das concepções do mundo

Devido à ausência de fronteiras bem demarcadas entre seus campos de investigação, não é incomum que esses eixos (valores-ciência-realidade) se aproximem ou mesmo se sobreponham. Sequer soaria estranho que perspectivas morais (teoria dos valores) influenciassem nos projetos de construções do mundo (teoria da realidade). Quando Zippelius observa que as “concepções de mundo” são esquemas de representação que se materializam nas instituições sociais¹⁰¹, o que se infere é senão a teoria do conhecimento operando em conjunto com a teoria da realidade ante um mesmo objeto. Assim, a partir do momento que o direito pressupõe que no mundo haveria um conceito invariável dos valores (teoria de valores) utilizável para a configuração da humanidade (teoria da realidade), como faz a ordem objetiva dos direitos fundamentais, a própria realidade, renitente em seguir a teoria, acabaria se deslocando dos marcos jurídicos e passaria a seguir outros roteiros, diferentes daqueles apregoados pela dogmática jurídica, como chegou a admitir Richard Posner¹⁰².

Seja como for, podemos dizer que a fase da filosofia que se torna crucial ao direito ocorre com Aristóteles, ao reconhecer que, mesmo no mundo ideal (teoria da realidade – concepções do mundo), as interações e o processo de aprendizagem humana não poderiam ser desvalorizados, intuição a ser recuperada mais tarde por Tomás de Aquino (1225-1274). De fato, no artigo 1º da questão 21 de sua *Suma Teológica*, Aquino defende que as dimensões de bem/bom, muito embora externas ao homem, poderiam ser alcançadas por meio do esforço e da participação, não sendo de todo equivocado sustentar que essa linha do agir tenha sido recuperada e renovada por Habermas no século XX, já que a marca de Aquino, e não poderia

¹⁰¹ Cf. Reinhold Zippelius, *Introdução ao Estudo do Direito*, trad. por Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte, 2006, p. 3.

¹⁰² Cf. Richard A. Posner, *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*, trad. por Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo, 2012, pp. 291 ss.

ser diferente, estaria em não se desvencilhar do padrão divino (questão 21, artigo 4º)¹⁰³, correspondente ao padrão referencial que Habermas denomina de princípio universal “U”, um padrão ético próximo daquele vivenciado por figuras como Cristo.

Como já tivemos a oportunidade de ver no caso norte-americano, outra vertente intermediária surgiu sob o signo de pragmatismo. Ao lado de Dewey, que se dedicou à sociológica, o psicólogo norte-americano William James (1842-1910) entende que conceitos como verdade, diferentemente do que apregoava o positivismo, não exigiria validações, afinal, como a realidade se constrói pela sobreposição contínua de eventos, adotar critérios rijos de referibilidade seria negar que a vida da história é bem mais viva do que se quer fazer crer¹⁰⁴. Diferentemente de Aquino e Habermas, que não abdicam de tais referenciais, o pragmatismo segue noutro sentido para compassar o homem no mundo.

Para clarificar tudo o que dizemos, transpõem-se todas essas considerações aos diversos perfis dogmáticos do direito ocidental, senão vejamos:

Perfil Jurídico	Teoria dos valores	Teoria da Ciência	Teoria da Realidade
Positivismo	Valor coincidente com a estabilização semântica	Verdade coincidente com a opção do legislador	Teoria e realidade tendem a se desconectar
Pragmatismo	É ditado pela realidade	Verdade é provisória, até que exija nova reflexão	Teoria e realidade tendem a ficar sobrepostos
Pós-positivismo	Estabelecido um padrão absoluto e invariável	Pressuposição absoluta e invariável	Procura-se corrigir a realidade, parametrizando-a em dimensões absolutas

A questão, então, é saber como a Ciência do Direito passa a se utilizar da teoria dos valores, que não deixa de relacionar com as teorias da ciência e da realidade, para interferir e reconstruir a realidade.

¹⁰³ Cf. Tomás de Aquino, *O Bem: Questões disputadas sobre a verdade. Questão 21*, trad. por Paulo Faitanin/Bernardo Veiga, Campinas, 2015, pp. 54-65. Do mesmo autor, *A Sindérese e a Consciência: Questões Disputadas sobre a Verdade. Questões 16 e 21*, trad. por Paulo Faitanin/Bernardo Veiga, Campinas, 2015, pp. 25-40.

¹⁰⁴ Cf. William James, “O Significado da Verdade”, trad. por Pablo Rubén Mariconda, in *Experiência e Natureza: Textos Seleccionados*, São Paulo, 1974, pp. 41-46.

3.1.2. A Recomposição do valor pela dogmática jurídica

De tudo o que foi dito, já somos capazes de constatar que uma coisa é estrutura correlata à teoria dos valores, que se imbrica e se comunica com os outros eixos filosóficos; outra, bem distinta, reside na categoria valor, acepção *stricta* cujo signo conformaria vocações autônomas ao se encontrar com o direito e nas quais não podemos deixar de tocar, até porque não consegue se desvencilhar da perspectiva estrutural abordada na seção precedente.

Nessa proposta não se dispensa a dissecação da polissemia do conceito realizada por Johannes Hessen, para quem valor poderia ostentar as seguintes significações: (a) um padrão de viver; (b) qualidade que se imputa à coisa; e, (c) ideia que encerra em si, sem qualquer correlação¹⁰⁵. Este último plano ainda estribaria duas perspectivas. Na primeira, corresponderia a juízos de avaliação como bom/ruim, bem/mal ou feio/bonito¹⁰⁶, vertente que não desperta interesse a presente investigação. Noutra, essa sim, cara a nossa perspectiva analítica, estariam os planos do *ser*, da *essência* e da *existência*.

Planos que também se afastam, aproximam-se e se sobrepõem. Assim, quando a *essência*, v.g., do sujeito, ganha forma na *existência*, chega-se ao conceito da realidade¹⁰⁷. Para elucidar como se operaria essa transposição, Hessen acaba por associá-la ao valor estético. Isso porque, se no primeiro estágio esse valor só existe na mente do pintor (*ser*), ao dar vazão ao seu gênio (*essência*), convola-o num espectro cromático acessível a todos (*existência*) na realidade¹⁰⁸, muito embora, como bem nos revela Gadamer, esse valor ganhe vida própria, distinta da imaginada pelo seu criador, gerando, no nosso sentir, várias realidades. Seja como for, imersos nesse padrão de realidade, seríamos convocados a emitir juízos de valor¹⁰⁹. Talvez isso fique mais claro ao se transportar esse patrimônio teórico ao direito, o que significa dizer que a cultura humana é o fenômeno representativo daqueles valores eleitos por um dado sistema social¹¹⁰. Como a Constituição não deixa de ser considerado um repositório de valores, a depender dos projetos colocados em seu bojo, diferentes potenciais de conformação da realidade podem surgir, já que o operador do direito buscaria nesse acervo normativo os valores eleitos para parametrizar seus juízos de transformação da realidade.

¹⁰⁵ Cf. Johannes Hessen, *Filosofia...*, p. 37.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 57.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 44.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

Para Goffredo Telles Junior, os juízos de valor entrariam em operação toda vez que pudermos nos referir a um sistema de referências escolhidos por dado ciclo histórico, pois uma coisa não teria qualquer valor em si, senão depois de exercermos um juízo de comparação¹¹¹.

Um olhar atento nos mostra que ao exercemos esse juízo, no fundo o que o operador do direito faz é senão colocar padrões eleitos em movimento. Um perfil dinamizado pelo homem na tentativa de reconstruir a realidade.

3.1.3. A mecânica axiológica na dogmática jurídica e a necessidade de outro perfil epistemológico

Nessa seção propomo-nos a explicar como os desenvolvimentos dogmáticos procuram dinamizar esses valores, traço que nos parece ganhar maior expressividade naquelas teorias constitucionais que se autoproclamam de *neo*. Essa perspectiva dinâmica e funcional é compreendida com a ajuda de Jean-Paul Resweber, que toma por valores aquilo que se faz desejável, algo próximo do que pensa Eros Roberto Grau¹¹². Goffredo Telles nos ajuda nessa compreensão ao decompô-la em duas espécies de juízos que se relacionam; os juízos de valor e juízos de dever. Devemos compreender os juízos de valor como sendo um marco que se elege para coordenar um dado sistema, como, v.g., quando Tomás de Aquino alude à figura de Deus como padrão de referibilidade. Por sua vez, o juízo de dever corresponderia à instituição do projeto que se põe ao seu encaixo, como o direito¹¹³.

Del Vecchio (1878-1970), de certo modo, conseguiu entender essa mecânica ao nos dizer que os sistemas jurídicos seriam plásticos e não necessariamente evolutivos e teleológicos como outrora proposto pela escola histórica¹¹⁴, afinal, a marcha dos juízos do dever aos marcos axiológicos eleitos não teriam um movimento linear, sem erros e correções. O grande contributo de Resweber, lição que nos parece passar ao largo da Ciência do Direito, não se restringe a nos remeter a uma dimensão de referibilidade, mas está em nos colocar um pouco mais próximo da cibernética social e de conceitos afins, como aprendizagem e

¹¹¹ Cf. Goffredo Telles Junior, *Direito Quântico: Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*, 9ª ed., São Paulo, 2014, p. 242.

¹¹² Cf. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7ª ed., São Paulo, 2008, p. 112.

¹¹³ Cf. Goffredo Telles Junior, *Direito...*, pp. 235-253.

¹¹⁴ Cf. Giorgio Del Vecchio, *Evolução e Involução no Sistema Jurídico*, trad. por Henrique de Carvalho, Belo Horizonte, 2005, pp. 15 ss. Em sentido aproximado, Edgar Morin, *Introdução ao Pensamento Complexo*, trad. por Eliane Lisboa, 4ª ed., Porto Alegre, 2011.

atualização sistêmica, fenômenos que estariam subjacentes a leitura de Del Vecchio. Como sua noção de desejável é operada pelo reenvio de ideias ao próprio sistema¹¹⁵, ou como nossas experiências, de forma gregária, acaba interferindo na reformulação de nossas referências, na prática o que faz é trazer à lume uma tecnologia já aproveitada pela cibernética social e pode ser importante ao direito. Fato bem distinto das tentativas de aproximação com o modelo cibernético clássico, que vimos ocorrer entre os anos de 60 e 70, já que muitos não conseguiam se desviar da feição computacional que marcaria o fenômeno nas suas fases originais¹¹⁶. O curioso é que essa aproximação com a onda cibernética social é sentida mesmo naqueles que não reconhecidamente se filiam à corrente, o que nos permite acreditar que estaríamos diante de um estágio diacrônico do sistema jurídico. William A. Edmondson, ao dedicar-se aos estudos da corrente consequencialista, variação do utilitarismo clássico que não deixa de se sensibilizar pelas consequências das decisões judiciais nos casos concretos¹¹⁷, percebe que o sistema jurídico vem se mostrando apto para ir introduzindo razões supressoras, cuja função consiste em balancear os comandos das ordens gerais diante do que a própria realidade seja capaz de nos revelar. Assim, se numa dada fase do direito a proposta constitucional procurou garantir espaços para o exercício da atividade econômica, com o tempo percebeu-se que seria necessário o desenvolvimento de mecanismos para compatibilizar a coexistência dos diversos interesses¹¹⁸.

Nesse ponto já se consegue identificar os motivos pelos quais a *common law* tem muito a contribuir se comparada com a evolução da *civil law*. Afinal, não mais podemos sustentar a configuração de um sistema que se oriente exclusivamente pela noção de consenso de valores, estirpe que Resweber considera como estabilizada com o passar do tempo e responsável pela criação de projeções representativas de um “mundo em comum”¹¹⁹. O grande problema dos que se aventuram nessa seara é acreditar que estamos diante de um fenômeno simples. Friedrich Hayek (1899-1992) reconhece a impossibilidade de o legislador tratar de todos os assuntos¹²⁰, mas também sabe que não basta simplesmente transferir aos julgadores a tarefa desse ajuste complementar, já que, invariavelmente, agiriam de forma irrefletida na

¹¹⁵ Cf. Jean-Paul Resweber, *A Filosofia dos Valores*, trad. por Marina Ramos Themudo, Coimbra, 2002, p. 13.

¹¹⁶ Cf. Carla Faralli, *A Filosofia...*, pp. 67-72. Muitos foram influenciados pelos estudos matemáticos de John Von Neumann (1903-1957), que avançara muito antes sobre modelos comparativos entre os processamentos do cérebro e do computador (cf. *O Computador e o Cérebro*, trad. por Manuel Marques, Lisboa, 2005, pp. 77-78).

¹¹⁷ Cf. Tim Mulgan, *Utilitarismo*, trad. por Fábio Creder, 2ª ed., Petrópolis, 2014 pp. 14-65.

¹¹⁸ Cf. William A. Edmondson, *Uma Introdução aos Direitos*, trad. por Evandro Ferreira da Silva, São Paulo, 2006, pp. 209-210.

¹¹⁹ Cf. Jean-Paul Resweber, *A Filosofia...*, pp. 23-24.

¹²⁰ Cf. F. A. Hayek, *O Caminho da Servidão*, trad. por Anna Maria Capovilla/José Ítalo Stelle/Liane de Moraes Ribeiro, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1990, pp. 74 ss.

ponderação de interesses que há muito lhe contaminaram o juízo do devir, como se deu na Alemanha *nazi*¹²¹.

Reconhece-se que insistir no avizinhamiento do perfil cibernético como etapa heurística da teoria epistemológica pode gerar um elevado grau de estranhamento. Se hoje Kantorowicz se encontra no panteão dos desacreditados, o que pode contaminar todos aqueles que se propõem a movimentos semelhantes, não podemos nos esquecer de que essa pecha só foi originada pela dificuldade que se teve de transpor a cogitação para se chegar ao plano da metódica.

Desse modo, a alternativa à mecânica de funcionalização axiológica exige que passemos a enxergar o direito, e a visão clássica que se passou a ter dos planos semânticos, sintáticos e pragmáticos¹²², não mais como mero vetor que filtra de forma inadvertida os valores para dentro da dogmática jurídica. Avançar a novos estágios epistemológicos, que consigam adicionar à teoria tridimensional de Reale – fato/valor/norma – a ordem ética de referibilidade sistêmica mencionada por Goffredo Telles¹²³ e cuja operabilidade deve privilegiar a inteligência da humanidade¹²⁴, exige compreensão de como os valores passaram a ser entronizados e buscados pela arquitetura do contrato social.

3.2. *Uma compreensão necessária: da teoria dos valores à moral social*

Se nos propomos a identificar um sistema epistemológico que tenha o potencial de aprender e, assim, ir recalibrando a força de transformação que os signos jurídicos projetam sobre a realidade, antes se faz necessário aclarar os contornos daquilo que deveremos entender como moral, categoria muito próxima a acepção *stricta* de valor, por vezes coincidida inadvertidamente pelo operador do direito no seu mister.

Em Ernst Tugendhat essa diferenciação fica inteligível ao nos dizer que a moral deve ser compreendida como um sistema de obrigações intersubjetivas¹²⁵. Se os valores, enquanto pauta de referência sistêmica serviria como suporte de validação e guia reflexivo às ações humanas, nessa estrutura a moral seria o elemento gregário (contratual) que passaria a surgir

¹²¹ *Ibidem*, pp. 86 ss.

¹²² Por todos, Riccardo Guastin, *Das Fontes às Normas*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2005, pp. 45-47.

¹²³ Cf. Goffredo Telles Junior, *Direito...*, p. 248.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 243.

¹²⁵ Esse é um dos três conceitos possíveis, ao lado do comportamento altruísta e do de viver segundo suas próprias escolhas (cf. Ernst Tugendhat, *O Problema da Moral*, Porto Alegre, 2003, pp. 13-14).

entre os membros da sociedade¹²⁶. Um processo evolutivo que retroalimenta, visto que os membros da sociedade passam a compartilhar sentimentos comuns, refletindo inclusive naquilo que causa indignação e culpa no grupo¹²⁷. Embora Tugendhat não esclareça como esse acordo moral operaria, o russo Lev Vygotsky (1896-1934) já havia notado que, dentre as características dos ambientes cultural e histórico, destacavam-se não só a frequente mutação desses substratos morais¹²⁸, como também a capacidade destes de projetar padrões comportamentais individuais de modo automático, à revelia da percepção, configurando *totens* simbólicos que diferenciariam os diversos sistemas sociais espalhados pelo mundo¹²⁹.

Embora o próprio Tugendhat reconheça que a moral deve corresponder a um arranjo universal¹³¹, o fato é que como existem vários “contratos” morais vigentes, cada qual corporizado nas estruturas dos diversos contratos sociais espalhados mundo afora, a dificuldade estaria em localizar aquele que poderia ser o correto, de onde poderia ser retirado o conceito do justo. Provavelmente, a grande deficiência da perspectiva da moral sistêmica de Tugendhat, reflexivo de alguns aspectos da estrutura do contrato social, seja não identificar como essa engenharia absorve os fluxos de uma aprendizagem de tal forma que consiga romper com a domesticação cultural referida por Lev Vygotsky.

No entanto, algo de interessante surge quando nos propomos a observar os estudos realizados pelo antropólogo britânico Gregory Bateson (1904-1980) na década de 50 na tribo Iatmul, na Nova Guiné. De fato, com base em suas observações é factível sustentar que a configuração das estruturas dos Estados-nações, se, por um lado, tende a estabilizar artificialmente a estratificação social pela criação de personagens que podem ser preenchidos por específicas classes sociais, por outro, também foi hábil em demonstrar que essas mesmas castas, em suas diferenciações, ao serem exploradas, levam-nos a níveis tal de estranhamento que essas estruturas se veem tentadas a projetar outro nível de estabilização, não raro

¹²⁶ Ernst Tugendhat, *O Problema...*, p. 13.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 17.

¹²⁸ Cf. Marta Kohl de Oliveira, *Vygotsky – Aprendizado e Desenvolvimento. Um processo sócio-histórico*, 4ª ed., São Paulo, 2008, p. 238.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹³⁰ Cf. L. S. Vygotsky, *A Formação Social da Mente. O Desenvolvimento dos Processos Psicológicos Superiores*, trad., José Cipolla Neto/Luís Silveira Menna Barreto/Solange Castro Afeche, 7ª ed., São Paulo, 2008, pp. 5 ss. Para uma perspectiva sociológica, Margaret Mead/Ruth Benedict/Edward Sapir, *Cultura e Personalidade*, Celso Castro (org.), trad. por Maria Luiza X. de Borges, Rio de Janeiro, 2015; Alfred Schutz, *Fenomenologia e Relações Sociais*, Helmut R. Wagner (org.), trad. por Ângela Melin, Rio de Janeiro, 1979, pp. 72 ss.

¹³¹ Cf. Ernest Tugendhat, *Lições sobre a Ética*, trad. por Róbson Ramos dos Reis/Aloísio Ruedell/et. al., 2ª ed., Petrópolis, 1997, p. 362.

diminuindo a hierarquização dos estamentos sociais¹³². Ou seja, se por um lado os valores que imperam na sociedade têm uma função gregária, têm elas também a potencia de ativar alterações não só na estrutura do contrato social, mas na forma como se passa a compreender e funcionalizar o direito. O que precisa ser explicado é como tudo isso pode contribuir na localização do justo sistêmico.

3.3. *Da arquitetura moral do contrato social a propostas heurísticas ao justo*

Do que já se expôs, podemos observar que o conceito de justo sistêmico, que se renova dentro das arquiteturas do contrato social, é um padrão plástico. Se bem olharmos, dessa dinâmica começa a surgir um padrão epistemológico pouco explorado, cujo equilíbrio fia-se numa lógica homeostática que tem como característica absorver e labutar com cenários permeados de contradição e erros que, antes de serem expurgados, devem ser apreendidos e aprendidos¹³³. Para Francisco Varela, esse perfil historiográfico muito se aproxima das perspectivas apregoadas no Oriente e que, talvez, possam ser valiosas na conceituação e funcionalização do justo sistêmico, cujos traços propositivos de certa forma foram prospectados timidamente nos trabalhos de juristas como Johan Galtung¹³⁴.

Devemos lembrar que no Ocidente a epistemologia seguiu o caminho da individualização ou atomização funcional do sujeito no arranjo social, principalmente por ter ganhado impulso após o advento do cristianismo¹³⁵, enquanto que o rumo tomado no Oriente foi no sentido oposto, de cooperação e interdependência dos sujeitos. Não podemos deixar de anotar que o conceito de guerra justa cristã, que está por trás das conquistas territoriais europeias ocorridas entre os séculos XVI e XX, sem dúvida alguma, teve um papel significativo nos moldes do justo que a Europa detinha e a que se propôs, inclusive pela violência, impor ao resto do mundo¹³⁶. Um padrão epistemológico, como observa o português Boaventura de Sousa Santos, que veio a se converter como paradigma para o resto do

¹³² Cf. Gregory Bateson, *Naven: Um esboço dos problemas surgidos por um retrato Compósito realizado a partir da perspectiva da cultura de uma tribo da Nova Guiné*, trad. por Magda Lopes, 2ª ed., São Paulo, 2006, pp. 219-220.

¹³³ Cf. Edgar Morin, *Introdução...*, p. 54.

¹³⁴ Cf. Johan Galtung, *Direitos Humanos: Uma Nova Perspectiva*, trad. por Margarida Fernandes, Lisboa, 1998, pp. 20-21.

¹³⁵ Cf. Michel Villey, *Filosofia do Direito: Definições e Fins do Direito. Os meios do Direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar, 2ª ed., São Paulo, 2008, pp. 127-130.

¹³⁶ Cf. Carl Schmitt, *O Nômos...*, p. 87.

mundo¹³⁷. Não se está aqui a sustentar que essas duas linhas epistemológicas sejam excludentes, mas se faz possível conciliar ambas as engrenagens num projeto epistemológico maior, na tentativa de reposicionar a localização do calibre epistemológico do direito na arquitetura do contrato social, que atualmente procura se legitimar, no mundo ocidental, numa das três hipóteses; no critério do consenso, na fuga solipsista ou no argumento de autoridade.

No mínimo soaria perigoso sustentar que a chave para destravar essa arquitetura estaria disponível no molho da teoria dos valores. Se na década de 60, Carl Schmitt, em *La Tirania de Los Valores*, conclui sermos seduzidos a justapor as sinas axiológica e jurídica, não nos escapa que essa ilação só nos chegou após ter ele sustentado que a dimensão objetiva de valores, prospectada nalgum ponto da Idade Média¹³⁸ para construir uma *Volks* diretiva ao direito na Alemanha nos anos de 30, serviu de apoio para a sustentação do regime *nazi*¹³⁹.

O fato é que só recentemente Max Scheler teria conseguido indicar as pistas da existência de um conceito de justo que não se contenta com essa superficialidade. Seja como for, Scheler identifica que os padrões valorativos eleitos num dado ponto da história corresponderia ao fruto de uma reabilitação dos ressentimentos outrora subjugados pelo padrão valorativo anterior, algo que já tinha sido tangenciado séculos antes por Cícero¹⁴⁰. O curioso é que, pouco tempo depois, na década de 40, e sem que se tenham indícios aparentes de ter contato com a obra de Scheler, muito mais próximo dos horrores da guerra, Lecomte Du Noüy, mediante uma escrita densa e reativa, ora com técnica, ora com emoção, mostra-nos que, no caso alemão, um único homem, Hitler, mas para Hayek poderia ser qualquer outro fator estrutural¹⁴¹, conseguiu destravar todo o ódio primitivo do ser humano que vinha se acumulando¹⁴², gerando repercussões na estrutura do contrato social que até hoje são sentidas no mundo.

Não deixando de associar aos estudos de Vygotsky, Scheler percebe que atrás de todo sobrepujamento social geram-se efeitos que volvem ao *ser* que, num movimento de retorno e retroalimentação estancam projeções de juízos valorativos, os quais retornam à realidade no momento adequado. Essas descargas, ininterruptas no eixo histórico, impulsionariam movimentos de “vinganças” que, na prática, seria aos olhos de todos apenas uma inversão das

¹³⁷ Cf. Boaventura de Sousa Santos, *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*, Rio de Janeiro, 2007, p. 19.

¹³⁸ Cf. J. B. Schneewind, *A Invenção...*, p. 85.

¹³⁹ Cf. Ingo Müller, *Los Juristas Del Horror. La “Justicia” de Hitler: El Passado que Alemania no Puede Dejar Atrás*, trad. por Carlos Armando Figueredo, Caracas, 2006, pp. 89-107. No mesmo sentido, Robert Alexy, *O Conceito de Direito e Validade do Direito*, trad. por Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo, 2009, p. 67.

¹⁴⁰ Cf. Cícero, *Das Leis*, trad. por Otávio T. de Brito, São Paulo, 1967, p. 46.

¹⁴¹ Cf. F. A. Hayek, *O Caminho...*, pp. 31 ss.

¹⁴² Cf. Lecomte Du Noüy, *A Dignidade Humana*, trad. por Cruz Malpique, 3ª ed., Porto, 1955, p. 33.

forças dominantes¹⁴³⁻¹⁴⁴, o que também foi sentido no próprio julgamento de Eichmann, como vimos há pouco.

Observado de perto, esse movimento, já que interpretado em uma determinada fração do tempo, por certo que conduziria o intérprete ao erro ao imaginar que essa alteridade ou reeleição de parâmetro diretivo tenha alcançado tão só a realocização do justo e o correto¹⁴⁵, realinhamento que, mesmo episodicamente, consegue justificar o uso da extrema violência, como foi sentido na Revolução Francesa¹⁴⁶. Com isso, se para Locke a propriedade, nos instantes da Revolução Francesa, parametrizava o próprio conceito de justo¹⁴⁷, mais recentemente Ferrajoli, ajustado à modernidade, vê o equívoco dessa leitura, que não deixa de ser um fator de segregação entre os homens¹⁴⁸. Mas não podemos simplificar essas leituras, como não raro fazem os operadores do direito. Basta ver que a doutrina constitucionalista soviética do início do século anterior já compreendia que uma das propostas dos direitos fundamentais seria a de retirar a propriedade do aspecto individualista, coletivizando-a¹⁴⁹, o que, com sabemos, proposta que não veio a ter muito êxito.

Com isso, qualquer proposta de identificação do justo passa por compreender como os princípios fundamentais contribuem para o reposicionamento dos homens na arquitetura social. O que não significa dizer que o jurista deve simplesmente direcionar sua leitura no eixo linear da historiografia humana e daí extraírem roteiros que se supõe conter a sina evolutiva do equilíbrio das relações humanas. Não estamos diante de uma lógica linear. Não foi à toa que Hayek compreendeu que se na Revolução Francesa o conceito de liberdade configurava padrões de comportamento individuais, as propostas que surgiram depois, de cunho coletivista, não necessariamente se afiguraram melhores, já que foram elas a base do

¹⁴³ Cf. Max Scheler, *Da Reviravolta dos Valores*, trad. por Marco Antônio dos Santos Casa Nova, 2ª ed., Petrópolis, 2012, p. 48.

¹⁴⁴ Dentro desse espectro, acredita-se que é mesmo crível visualizar digitais pragmáticas dentro dessa baliza evolutiva. Com efeito, se para Marx a história ia forçando passagem e modelando-se pelas lutas de classes, Scheler, de certo modo, esclarece como essas engrenagens funcionariam por dentro. Neste sentido, não se discorda de Reale ao ver no Marx econômico apenas o ângulo de uma projeção teórica maior, já que suas premissas antes de tudo teriam supedâneo numa teoria de valor (cf. Miguel Reale, “A Problemática dos Valores no Mundo Contemporâneo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 56, São Paulo, 1961, pp. 135-136). Scheler, tal como Tugendhat e Dewey, acredita que todos nós seríamos coparticipes na criação da realidade (cf. Max Scheler, *Da Reviravolta...*, p. 43).

¹⁴⁵ Cf. Max Scheler, *Da Reviravolta...*, pp. 86-87.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 127-133.

¹⁴⁷ Cf. John Locke, *Segundo...*, p. 30.

¹⁴⁸ Cf. Luigi Ferrajoli, *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, trad. por Alexandre Salim/et. al., Porto Alegre, 2011, pp. 54-57.

¹⁴⁹ Cf. A Denisov/M. Kirichenko, *Derecho Constitucional Sovietico*, trad. não identificado, Moscou, 1959, pp. 309 ss.

nazismo e do fascismo¹⁵⁰. Acredita-se que o caminho a seguir passa por tentativas de bloquear os efeitos da teoria do ressentimento de Scheler. E, para que isso ocorra, o desenvolvimento dogmático precisa encontrar algum modo de romper com o absolutismo de ideias, típicos do padrão ocidental de comportamento, cedendo espaços para a compreensão compartilhada e compreensiva¹⁵¹, que de certo modo marcou a epistemologia oriental. O grande desafio é que, como supõe o argentino Alberto Buela, teorias que investem em planos marcados pelo dissenso não têm despertado interesse dos estudiosos¹⁵².

3.3.1. Leituras propositivas dos princípios fundamentais na arquitetura social

Um projeto que visa emprestar aos princípios fundamentais a função de harmonização dos diversos jogos de linguagem que passam a ser valorizados e reconhecidos pela humanidade, certamente transfere a referidos princípios não necessariamente o *locus* de residência de um valor imutável e fixo que pode ser acionado ao interesse do jurista. Para que possamos seguir em nossas investigações, salientamos que, embora a teoria do contrato social possa ser interpretada como o estudo entre os homens diante de uma arquitetura erigida para sustentá-las, a dimensão que adotaremos muito se aproxima da elaborada por Habermas, ou seja, um projeto que coordena as relações humanas pelo prisma do processo comunicacional¹⁵³. Dessa forma, caberia a arquitetura do contrato social disciplinar a forma como os homens se comunicariam, disciplinando a harmonização dos diversos jogos de linguagem que operam em seu bojo. Lembremo-nos de que Wittgenstein (1889-1951), a quem coube cunhar a locução, não chega a fechar uma definição sobre como deveríamos entender a jogos de linguagem, muito embora em seus estudos sejamos levados à conclusão de estaríamos diante de formas de comunicação que qualificam os diversos grupos que se distinguem dentro de determinados sistemas¹⁵⁴. Em nossos estudos, é-nos evidente que, na

¹⁵⁰ Cf. F. A. Hayek, *O Caminho...*, pp. 48 ss.

¹⁵¹ Cf. Hilton Ferreira Japiassu, *Introdução ao Pensamento Epistemológico*, Rio de Janeiro, 1975, p. 22-31.

¹⁵² Cf. Alberto Buela, “Teoría del Disenso”, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, ano 9, nº 27, 2004, pp. 75-85 (disponível online).

¹⁵³ Para Habermas o “mundo da vida” e os “padrões culturais de interpretação são transmitidos [pela] linguagem” (cf. Jürgen Habermas, *Teoria do Agir Comunicativo, 2: Sobre a Crítica da Razão Funcionalista*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, São Paulo, 2012, p. 229). Caberia à linguagem a função de revelar e ser portadora da simbologia dos conteúdos históricos (*ibidem*) que se mantém e se refaz, senão pelo constante falar/agir dos participantes de uma sociedade. Dessa maneira, é possível compreender com mais nitidez como a ação e a comunicação se imbricam nessa nova vertente da teoria crítica, afinal, para Habermas é no dia-a-dia, no trato relacional, que os “estoques de saber” afloram, já que admite que “(...) a relação sujeito-objeto é substituída pela relação sistema-entorno” (*ibidem*, p. 237).

¹⁵⁴ Cf. Ludwig Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, trad. por José Carlos Bruni, São Paulo, 1975, p. 16.

historia da configuração do contrato social, alguns jogos de linguagem sempre interferiram na forma e nos limites da linguagem de outros grupos. Por exemplo, na Alta Idade Média o direito canônico, ao encontrar um direito costumeiro, que era realizado sem qualquer sistematização e lógica, aproveita o vácuo para se desenvolver e por meio de sua prática calibra os demais jogos de linguagem, passando a administrar as ações que derivam dos jogos de linguagem de outros grupos sociais¹⁵⁵. Por exemplo, o que era justo ou correto, independentemente do grupo que se observava, não podia deixar de buscar suas referências no capital axiológico da Igreja. Contudo, com o passar do tempo, o que se observa é que o poder de interferência entre os vários jogos de linguagem acaba diminuindo, dando azo até mesmo para que aqueles que eram excluídos passam a ter visibilidade e importância na arquitetura do contrato social.

Sob esse ângulo, como veremos com mais vagar na próxima seção, os princípios fundamentais, operados institucionalmente, podem ser compreendidos com uma espécie de metalinguagem entre os diversos jogos de linguagem, cujo escopo seria o de auxiliar o processo comunicacional humano, expurgando a dialética do ressentimento dos valores de Scheler, ao mesmo tempo em que proporciona a convivência de extremos e de dissensos.

O grande problema é que no Ocidente o axioma conhecimento-ação nos colocou para dentro de uma percepção abstrata do racionalismo¹⁵⁶, engessando até mesmo o potencial dos princípios fundamentais. Talvez por isso que Varela acredite que o Oriente tem muito a contribuir com sua singular pragmática, pois o agir individual só tem sua representação no mundo se se permitir interagir com o todo¹⁵⁷, algo próximo já entoado por Giuseppe Mazzini (1805-1872), nos entornos da Revolução Francesa¹⁵⁸. De modo dissemelhante do Ocidente, já que aqui o padrão ético acabou se solidificando dentro das estruturas do contrato social, Varela compreende que o conhecimento ético deve ser encarado como sendo um substrato que se comporta circularmente, que não dispensa a aprendizagem pelo fenômeno da retroalimentação¹⁵⁹, o que seria incompatível com qualquer projeto de ética universal¹⁶⁰, apesar de reconhecer sua essência como capaz de espriar-se pelos vasos comunicantes de um mundo em rede¹⁶¹.

¹⁵⁵ Cf. Marc Bloch, *A Sociedade Feudal*, trad. por Liz Silva, Lisboa, 2015, pp. 139 ss.

¹⁵⁶ Cf. Francisco J. Varela, *Sobre a Competência Ética*, trad. por Arthur Morão, Lisboa, 1995, p. 16.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 27.

¹⁵⁸ Cf. Giuseppe Mazzini, *Os Deveres do Homem*, trad. por Antônio Piccarolo/Leonor de Aguiar, São Paulo, 2004.

¹⁵⁹ Cf. Francisco J. Varela, *Sobre...*, p. 32.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 58-59 e 66.

Nada de tão novo se percebermos que esse magnetismo oriental já se viu projetado entre os ocidentais no século XV quando Pico Della Mirândola (1463-1494), num sincretismo herético, tangencia passagens que só recentemente foram recuperadas, embora leituras assemelhadas tenham sido vistas no bispo francês Guillaume Du Vair (1556-1621) e pelo belga Justus Lipsius (1547-1606)¹⁶². Pico não só intui que o estágio final da humanidade seria a integração, etapa última dos estágios progressivos que esta deveria percorrer¹⁶³, como também deixa consignado que esse progresso não é tão reto como nossa eficiência ocidental pretende, visto que se balança num torque de avanços e retrocessos¹⁶⁴. Esse movimento de Pico, que não deixa de relacionar com a significação da dignidade humana, não pode e não deve passar incólume à nossa atenção, pois, contra tudo e todos se esforça para bebericar de um padrão de união e cooperação que se perdeu junto com o projeto estoico e cuja origem é possível fazer retroagir ao século IV a. C.¹⁶⁵. Tudo é surpreendente se imaginarmos que essa visão estrutural-funcional do mundo acabou cedendo espaço ao pragmatismo que foi sendo exigido do Império Romano, embora tenha tentado uma sobrevida com Sêneca (1 d.C.- 63 d.C.)¹⁶⁶, grandeza que em definitivo se perde com o imperador romano Marco Aurélio Antonino (121 d.C. - 180 d.C.), sobretudo pelo surgimento do cristianismo¹⁶⁷, afinal, o *jus gentium* helênico, necessitava de um referencial mais concreto para seguir em frente¹⁶⁸.

Regressando ao presente, transpondo tudo isso à teoria da linguagem, em especial ao controle da correlação dos jogos de linguagem, vemos que, se por um lado Apel sabe que o agir ético não pode prescindir de espaços que permitam uma comunicação ideal¹⁶⁹, por outro não consegue metodizar como se garantiria a configuração desses espaços¹⁷⁰. Lembremo-nos de que na introdução tal expediente foi roçado em 1875 e, de certa forma, é por onde segue Apel ao indicar que os princípios devem atuar no sistema numa correspondência à organicidade biológica¹⁷¹, querendo com isso dizer que a relação entre o ser e o objeto, o que

¹⁶² Cf. J.B. Schneewind, *A Invenção...*, pp. 200-206.

¹⁶³ Cf. Pico Della Mirândola, *A Dignidade do Homem*, trad. por Luiz Feracine, São Paulo, 1985, pp. 45-48.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶⁵ Cf. Giovanni Reale, *Estoicismo, Ceticismo e Ecletismo: História da Filosofia Grega e Romana*, vol. VI, trad. por Marcelo Perine, 2ª ed., São Paulo, 2015, pp. 11 ss.; Roberto Radice, *Estoicismo*, trad. por Alessandra Siedschlag, São Paulo, 2016, pp. 23-26.

¹⁶⁶ Cf. Paul Veyne, *Sêneca e o Estoicismo*, trad. por André Telles, São Paulo, 2016, pp. 176-184.

¹⁶⁷ Cf. Roberto Radice, *Estoicismo*, trad. por Alessandra Siedschlag, São Paulo, 2016, pp. 256-257.

¹⁶⁸ Cf. Carl Schmitt, *O Nômos...*, pp. 47-48.

¹⁶⁹ Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos...*, p. 188.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 188-189.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 190.

pode ser interpretado como o sujeito e sua relação com as projeções permitidas pelo contrato social, deve ser provisória, até que nos atualizemos por meio de uma aprendizagem¹⁷².

O grande desafio, então, seria superar os projetos metafísicos e essencialmente teóricos que o Ocidente vinha se fiando e parece não trazer os resultados esperados. Embora mais recentemente Habermas surja festejado pelos cientistas do direito como sucedâneo das ideias inicialmente trabalhadas por Karl Marx (1818-1883) e Max Horkheimer (1895-1973)¹⁷³, não consegue ir muito longe. Pois, cerrando sua atenção ao processo comunicacional, seu projeto tem o demérito de enxergar como a humanidade se comportaria de um modo ideal, sem qualquer tipo de interferência ou ruído. Apel reconhece que o grande problema dessa proposta é não demonstrar como se chegaria a esse estágio e, embora ele próprio não consiga avançar no plano metodológico, não desconhece que o sujeito não pode ser encarado como mero recipiente passivo da história, sendo-lhe exigido a participar do processo de harmonização entre os choques que acometem os jogos de linguagem¹⁷⁴. Esse nos parece ser o *locus* que deve ser preenchido pelos princípios fundamentais, pois, como admite Apel, somente um projeto de ética dinâmica é capaz de impulsionar estados dialógicos e cooperativos entre os homens¹⁷⁵, permitindo-lhes a reconstrução de seus espaços e diminuição de seus jogos de linguagem ao se depararem com seus *déficits*¹⁷⁶.

Com isso, nossa perspectiva dos princípios fundamentais é realizada dentro da ótica do processo comunicacional, o que muito nos aproxima da teoria da linguagem.

4. O direito, a linguagem e o mundo

Direito é linguagem. Um tipo de linguagem que, por suas particularidades, vocaciona-se a interferir na realidade. Não é por outro motivo que cada vez mais os operadores do direito direcionam sua atenção ao estudo da semiótica¹⁷⁷, nicho investigativo que decompõe a linguagem nos planos semântico, sintático e pragmático¹⁷⁸.

¹⁷² *Ibidem*, p. 199-202.

¹⁷³ Cf. Marcos Nobre, *A Teoria Crítica*, Rio de Janeiro, 2004, pp. 7-58.

¹⁷⁴ Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos...*, pp. 205-206.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 207.

¹⁷⁶ *Ibidem*

¹⁷⁷ Reinhold Zippelius alude à valorização da perspectiva pragmática da linguagem (cf. *Teoria do Método Jurídico*, trad. por Antônio Franco/Antônio Francisco de Sousa, 11ª ed., São Paulo, 2016, pp. 93 ss.). Friedrich Müller numa tentativa de aproximar os planos semânticos e pragmáticos da linguagem acaba desconstruindo a norma constitucional em dois planos, o que possibilitaria um maior flerte com a realidade (âmbito da norma), muito embora não consiga perceber que, ao se afeiçoar em excesso à Savigny (cf. *Metodologia do Direito Constitucional*, trad. por Peter Naumann, 4ª ed., São Paulo, 2010, pp. 95 ss.), não fecha a porta para os entusiastas da teoria axiológica ao priorizar a interpretação gramatical e sistemática. Müller observa ainda que é

Mesmo que só recentemente, após a publicação da obra *Semiótica* de Charles Pierce, esse universo tenha haurido sistematização, não podemos descartar que estamos diante de um processo que há muito já despertava interesse. Se Platão atribuía a palavra à função designativa dos objetos que estavam no mundo, ideia que subsistiu por quase dois mil anos, foi com Wittgenstein, na sua obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, que se consegue colocar essa leitura designativa em outro patamar, mas ainda sem se desprender das influências da lógica aristotélica¹⁷⁹. De fato, Aristóteles a correlacionava com o plano fonético da comunicação¹⁸⁰. Mas não só, já que no primeiro livro de *Órganon – Categorias* – Aristóteles chega a estudar o padrão funcional das palavras em dimensões com perfis pseudomatemáticos¹⁸¹. E, se com certo esforço vimos aqui algo que hoje se conhece como sintaxe, Aristóteles segue pelo livro *Da Interpretação* desenvolvendo esse perfil de um modo que nos é muito caro, mesmo sabendo que, na atualidade, os operadores do direito só viram sua atenção ser despertada a partir do próximo livro, quando investiga fenômenos como o silogismo. De todo modo, o operador do direito, em especial aquele que foi submetido aos influxos do positivismo, acredita que o semântico, aquele que é portador do significado ou conteúdo do signo, uma vez articulado pela dogmática jurídica, é que teria maior importância à Ciência do Direito, na medida em que seria, a partir desse plano, que a linguagem passaria a transformar a realidade, como se o pragmático lhe fosse uma consequência desse arbítrio.

Ao revistar o tema, nossa intenção é distanciar do olhar viciado do positivista, que passou a enxergar essas dimensões como universos dissociáveis e estáticos¹⁸², e com isso explorar essas dimensões da linguagem de forma conjunta.

Estudos recentes nos demonstram que a sintaxe pode ser interpretada como um algoritmo lógico que conecta a semântica e a pragmática ou, sob outro prisma, a própria

na dimensão pragmática da linguagem que o direito faz sua reorientação. (cf. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodologia Estruturante*, vários tradutores, 3ª ed., São Paulo, 2013, pp. 10-11). Samuel Pufendorf (1632-1694) já alertava que aquilo que mais tarde seria conhecido como cânones de interpretação de Savigny não significaria outra coisa senão travas epistemológicas (cf. *Os Direitos...*, pp. 241-246).

¹⁷⁸ Associa-se a semântica ao conteúdo e as significações transportadas pelos signos. A sintaxe deve ser traduzida como sendo a estrutura lógica que recebe e acomoda esses signos, de tal forma que permita a formação do enunciado. Já a pragmática deve ser compreendida como a linguagem projeta seus efeitos no mundo, entre os seus interlocutores.

¹⁷⁹ Wittgenstein percebe que, por trás dessa função designativa, haveria toda uma dinâmica que estruturaria a própria realidade. Intui que seriam os objetos no mundo que configurariam a realidade, já que deveria existir correspondência entre o pensamento e os objetos. O grande problema dessa investida é que não consegue enxergar qualquer realidade fora do eixo estrutural pensamento-objeto (cf. Manfredo A. de Oliveira, *Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, 4ª ed., São Paulo, 2015, pp. 93-104).

¹⁸⁰ Cf. Aristóteles, *Órganon*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2005, p. 82.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 39-80.

¹⁸² Cf. Luis Alberto Warat, *O Direito e sua Linguagem*, 2ª versão, Porto Alegre, 1995, p. 39.

filosofia que encanta o operador do direito com a psicologia social¹⁸³. Essa conexão é feita de tal forma que, diferentemente do que imagina o jurista, o conteúdo do signo linguístico não só passa a interferir na realidade, temática há muito já tocada por Saussure (1857-1913), como também a realidade interfere na composição do signo¹⁸⁴.

Ao correlacionar a estrutura do contrato social com o processo comunicacional humano, nossa intenção inverte o caminho usual do jurista positivista e pretende não só dar a importância que merece ao plano pragmático, perspectiva que chamava atenção de Samuel Pufendorf (1632-1694)¹⁸⁵, assim como entender como o contrato social, também um algoritmo lógico, ou um tipo de sintaxe estrutural, vem calibrando a força dos comandos jurídicos de tal forma que consiga disciplinar os choques e a harmonização dos diversos jogos de linguagem coexistentes no interior de sua estrutura, e que associamos a função exercida pelos princípios fundamentais.

Nesse aspecto, veremos que a configuração do contrato social, na função de ajustar a convivência dos diversos jogos de linguagem em curso, não deixa de se sensibilizar pela pragmática. Basta ver como o conceito de dignidade tem evoluído e como tal interferido nas relações entre os homens. Assim, mesmo cômico de que nossa locução de batismo possa ser caracterizada como uma hipérbole ou uma gradação (figuras de linguagem), acreditamos que, ao defender a tese de que os princípios fundamentais exercem a função de uma metalinguagem-sintaxe¹⁸⁶ na correção do equilíbrio entre os diversos jogos de linguagem, nossa intenção cinge-se em demonstrar outra perspectiva de atuação dessa categoria que, recentemente, viu-se vertida nos direitos fundamentais, mas nem por isso teve suas características travadas.

¹⁸³ Cf. Paul Watzlawick/Janet Helmick Beavin/Don J. Jackson, *Pragmática da Comunicação Humana: Um Estudo dos Padrões da Comunicação Humana*, trad. por Álvaro Cabral, São Paulo, 1966, pp. 19 ss.

¹⁸⁴ Cf. Ferdinand de Saussure, *Curso de Linguística Geral*, trad. por Antônio Chelini/João Paulo Paes/Izidoro Blikstein, 27ª ed., São Paulo, 2006, pp. 89-92.

¹⁸⁵ Cf. Samuel Pufendorf, *Os Direitos do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural*, trad. por Eduardo Francisco Alves, Rio de Janeiro, 2007, pp. 185-186.

¹⁸⁶ A locução metalinguagem-sintaxe comporta em si verdadeiro erro lógico. Afinal, se metalinguagem é a linguagem que estuda da linguagem por meio de três planos – semântica, sintática e pragmática –, ao se falar em estudos de metalinguagem necessariamente se pressupõe contido o plano sintático. Mas como nossa intenção é colocar essa semiótica em movimento, diferentemente do que fazem os positivistas, reforçamos o plano que acreditamos ter grande contribuição nessa evolução.

4.1. *Direito e linguagem: da explicação à interferência*

É-nos de todo importante compreender como o direito, depois de ser encapsulado na linguagem, passa a ativar sua força semântica na tentativa de domesticar a realidade. Estranhamente os primeiros passos para essa compreensão se deu com o próprio Wittgenstein, ao notar que a linguística, ao se servir dos favores de uma lógica quase matemática, não vinha conseguindo traduzir a realidade que nos cercava, já que até pouco tempo antes achava que a função da linguagem se resumia a ser designativa dos objetos no mundo, ou seja, se não houvesse essa designação, os objetos sequer poderiam existir na reconstrução que fazíamos do mundo em nossa mente. Percebendo o equívoco, Wittgenstein compreende que mais do que explicar o mundo, a linguagem poderia nos auxiliar a entendê-lo¹⁸⁷. Não se trata de uma reorientação de pouca monta. Como abandona a tese geométrica de que num lado estava o homem (sujeito) e do outro o mundo (objeto), que se ligavam na exata medida dos potenciais da linguagem, abre caminho para que entendamos que sujeito e objeto relacionam-se a todo instante, de forma circular e sem protagonismo, onde as mudanças são cooperativas. Foi com *Investigações Filosóficas*, publicada postumamente, que atenta para o uso da linguagem que operaria independentemente de regras específicas. Como no mundo haveria diversas linguagens coexistindo, o que corresponderia aos jogos de linguagem, não se poderia supor uma regra de validade transcendente¹⁸⁸. Se, já como foi dito, Wittgenstein não se presta a definir os jogos de linguagem, sua leitura nos coloca diante de uma dinâmica muito interessante, visto que nos permite presumir que entre as linguagens podem ser operadas fusões e sobreposições a partir do momento em que se aumenta o grau de relações intersubjetivas e o fluxo cultural.

Essa compreensão eleva-se quando, pouco tempo depois, John L. Austin (1911-1960)¹⁸⁹ lança a ideia de que as “falas” induzem “ações”¹⁹⁰. Com isso, o autor pretende demonstrar que em ocasiões específicas o “dizer” só completaria a sua aptidão comunicacional se conjuntamente correspondesse a um ato material de ação, fenomenologia denominada como ilocucionária¹⁹¹. Fenômeno compreensivamente caro à Ciência do Direito, já que, via de

¹⁸⁷ Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos...*, p. 53.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁸⁹ Não confundir o linguista de Oxford com o compatriota John Austin (1790-1859), filósofo do direito que viveu na Inglaterra, sendo responsável pela obra *The Province of Jurisprudence Determined*.

¹⁹⁰ Cf. J. L. Austin, *Quando Dizer é Fazer: A Ação das Palavras*, trad. por Danilo Marcondes de Sousa Filho, Porto Alegre, 1990, pp. 89 ss.

¹⁹¹ Como exemplo, J. L. Austin nos fornece o exemplo do ato de batizar: “*Batizo este navio com o nome de Queen Elizabeth*”. Ou seja, estas palavras seriam emitidas em vão, se com elas uma ação não fosse acompanhada

regra, os comandos constitucionais tendem a exigir materializações, não se desconhecendo que podem existir eficácias distintas, como plena, contida ou limitada.

No mesmo período, mas sem qualquer intercâmbio científico, surge um modelo instigante na antiga União Soviética. Com a teoria da atividade verbal, os russos Leontev e Luria, que partiram das pesquisas de Vigotsky, notam que os atos da fala não podem ser compreendidos dentro de um corredor unilateral, como se a sua força de transformação ecoasse apenas numa direção transformadora. No processo de comunicação, percebem que aquele que recebe a mensagem não é um ser passivo, mas participada com sua memória e experiências para compor o processo. Haveria um roteiro sintático, estranho ao usual, que seria ativado para permitir a comunicação, de tal modo que eventuais deficiências fossem supridas pela experiência, cultura e aprendizagem, que, mesmo imperceptivelmente, seriam ativadas no processo¹⁹².

Assim, se signo X, ao ser recorrentemente utilizado dentro de processos comunicacionais, acaba ativando consequências intersubjetivas, e, aos poucos, remodela o seu próprio conteúdo semântico (de X passa-se a X + 1). E como percebe Apel, esse processo, ao ser alimentado dentro de “horizontes de valor”, acarreta inclusive novas possibilidades¹⁹³, reorientando, por conseguinte, o potencial ilocucionário dos comandos linguísticos.

A questão, então, é como devemos compreender tudo pela ótica da teoria constitucional, afinal, o signo constitucional não deixa de ter por vocação a missão orquestrar e interferir na realidade.

4.1.1. A relação entre o contrato social e o potencial ilocucionário dos comandos constitucionais

Do que já foi visto até aqui é factível atestar que a depender do perfil do contrato social que se projete, uma força ilocucionária dos comandos constitucionais é sentida. Sentimo-nos até mesmo habilitados a sustentar que as teorias neoconstitucionais, nesse aspecto, avançam no propósito de vergar alguns dos alicerces dos modelos arquitetônicos desenvolvidos no

(cf. *Quando...*, p. 95 ss.). Os signos linguísticos veiculadores de comunicação podem ser divididos em três tipos: aqueles que correspondem ao ato *ilocucionário* – que, “(...) equivale a proferir uma determinada sentença com determinado sentido, o que, por sua vez, equivale, a grosso modo, ao “significado” no sentido tradicional do termo” – aquele que podemos classificar de ato *ilocucionário* e o ato *perlocucinário* – corresponde àqueles efeitos não pretendidos originalmente pelo ato, como determinados sentimentos (*ibidem*). Logo, o ato ilocucionário seria aquele que, para se aperfeiçoar, necessariamente exigiria uma ação imanente. E, somente se obter esse efeito, é que poderemos dizer que o ato se realizou (*ibidem*, p. 100).

¹⁹² Cf. Ingedore Villaça Koch, *A Inter-Ação pela Linguagem*, 11ª ed., São Paulo, 2015, pp. 25-26.

¹⁹³ Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos...*, p. 26.

curso da história – como a divisão de competências –, como forma de liberar o *plus* ilocucionário exigido pela realidade e supostamente travado pela teoria política.

Para que compreendamos o que estaria por de trás desse fenômeno, uma atraente via é nos apresentada por Johan Galtung. Com este, consegue-se captar a marcha evolutiva dos direitos humanos por meio daquilo que chama de metanorma ética¹⁹⁴. O interessante na leitura de Galtung é que ele consegue nos aproximar do padrão diacrônico do contrato social ao posicionar essa metanorma ética dentro do eixo histórico, abrindo-nos uma perspectiva para entender como a força ilocucionária dos comandos constitucionais vem sendo modulada.

Ao reposicionar sua visão com certo distanciamento, Galtung percebe que, na sua origem, essa metanorma ética irradiava seus efeitos de uma forma horizontal, como ocorria na *Lex Talionis*. Isso significa que a relação ética entre os homens, em dado momento, seria entender como todos sendo iguais. Com o passar do tempo, essa metanorma ética acabou sendo expurgada da arquitetura do contrato social e com isso foi verticalizada, em especial quando o homem passou a valorizar a figuração divina. Ou seja, o padrão ético a ser seguido migrou para um local distinto do que poderia fornecer as relações humanas triviais. Mas essa força ética não tarda a reclamar dos mecanismos localizados na arquitetura contratual sua reintrodução. Isso foi percebido quando o clero e depois o rei¹⁹⁵ se arrogaram na missão de traduzir o padrão ético exógeno ao contrato social, diluindo-o à humanidade.

Como os interesses dos homens se alteraram no curso da história, consequência do reequilíbrio dos jogos de linguagem, essa filtragem ética não demora a reclamar novas atualizações, surgindo um *locus* que foi preenchido pela burguesia, com o advento da Revolução Francesa¹⁹⁶. Evidentemente que esse modelo de filtragem não demora a ter seu esgotamento funcional. À luz da evolução conjunta dos planos contrato social/força ilocucionária/teoria epistemológica, embora Marx considere em Lutero o rompimento dessa fase, vê com desconfiança movimentos que pretendem ocupar seu espaço, como a escola histórica do direito¹⁹⁷. Fato que assinala certa verdade, afinal, como essa engenharia de Galtung só se justifica diante de contratos sociais, ao se afastar de contornos etnográficos bem

¹⁹⁴ Cf. Johan Galtung, *Direitos...*, p. 13.

¹⁹⁵ Dentro da teoria política, esse fenômeno teve origem no Egito antigo, quando o faraó Akhenatón (1353-1335 a.C.) condensa as religiões existentes em uma só pessoa, arrogando-se a tarefa de traduzir as vontades da figura divina na funcionalização da arquitetura social (cf. Leyserée Adriene Fritsch Xavier, “A Religião de Akhenaton e a Supressão do Culto a Osíris”, in *História: Questões e Debates*, vol. 63, nº 2, Curitiba, jul./dez. 2015, pp. 259-286; Gisele Chapot, *O Senhor da Ordenação: Um Estudo da Relação entre o Faraó Akhenatón e as oferendas divinas e funerárias durante a Reforma de Amarna (1353-1335 a.C.)*, Niterói, 2007, mestrado (dissertação em História Social), UFF - Universidade Federal Fluminense, pp. 92 ss.).

¹⁹⁶ Cf. Johan Galtung, *Direitos...*, pp. 12-15.

¹⁹⁷ Cf. Karl Marx, “Crítica da Filosofia do Direito de Hegel – Introdução”, apêndice in *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, trad. por Rubens Enderle/Leonardo de Deus, 3ª ed., São Paulo, 2013, pp. 151-163.

delimitados, o modelo explicativo perde sua funcionalidade, muito embora o próprio Galtung, sem muito êxito, tente adaptá-lo a estrutural global em rede¹⁹⁸. Como bem observa Gunther Teubner, a coexistência de diversos contratos sociais nos coloca diante da tarefa de desenvolver conceitos como heterarquia e metaconstitucionalismo¹⁹⁹.

Diante desse cenário, na falta de supostos parâmetros epistemológicos hauridos do contrato social, o justo ficou livre para ser encontrado na aproximação dos planos semânticos e pragmáticos da linguagem. Não é despropositado que no colóquio realizado no ano de 1989 na *Cardozo Law School*, Jacques Derrida já nos alertava, principalmente no tocante a *common law*, para os perigos de se querer administrar o potencial ilocucionário do direito modulando-se pelo justo reclamado pelas contingências que aparecem na realidade²⁰⁰. O grande equívoco dessa visão reside em acreditar que o plano de nossas razões, aqui entendidas como elementos de fundamentação de nossas ações e escolhas, seria ditado pelo que vai se apresentado à nossa frente, como de certo modo sugere Joseph Raz²⁰¹.

Não podemos nos esquecer de que junto com o padrão diacrônico do contrato social o epistemológico vem junto. Nisso, talvez, o que o direito precise seja recuperar o projeto de Whitehead (1861-1947), que procura identificar outro móvel de justificação além do evidente, acrescentando como etapa consequencial das razões práticas aquilo que chama de razões especulativas, ou seja, uma nova metodologia capaz de nos colocar diante de outros espectros de visões para além do truísmo²⁰².

4.1.2. Perfis de ativação do atributo ilocucionário dos comandos constitucionais

Pelo menos em teoria, o intérprete de linhagem positivista tenderia a olhar para a linguagem do direito no seu aspecto formal - *se X, então Y* -, deixando para um segundo plano seu conteúdo²⁰³. Já aquele submetido à sina do pragmatismo, ao não se distanciar tão facilmente da realidade, lhe seria permitido calibrar os planos semântico/sintático/pragmático de um modo bem diferente. Edward Levi, professor de *Harvard School Law*, entende que a Suprema Corte não pode se dar o luxo de deixar os fenômenos sociais fora de seu espectro de

¹⁹⁸ Cf. Johan Galtung, *Direitos...*, pp. 19-20.

¹⁹⁹ Cf. Gunther Teubner, *Fragmentos...*, pp. 143 ss.

²⁰⁰ Cf. Jacques Derrida, *Força do Direito*, trad. por Leyla Perrone-Moises, 2ª ed., São Paulo, 2010, pp. 10-12.

²⁰¹ Cf. Joseph Raz, *Razão Prática e Normas*, trad. por José Garcez Ghiradi, Rio de Janeiro, 2010, pp. 7-41.

²⁰² Cf. A. N. Whitehead, *A Função da Razão*, trad. por Fernando Dídimo Vieira, Brasília, 1985, pp. 37-38.

²⁰³ Cf. Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*, trad. por Ariani Bueno Sudatti/Fernando Pavan Batista, 5ª ed., São Paulo, 2012, pp. 74 ss.

visão²⁰⁴. Situação que, desde 1950 nos Estados Unidos, vem despertando atenção dos estudiosos por permitir que os atores político-constitucionais tergiversem competências para ativar e desbloquear efeitos ilocucionários dos comandos constitucionais. Não se está a dizer com isso que a corrente pragmática, como suporte à Ciência do Direito, afigure-se como a melhor resposta à modernidade, pois, como é tocada ao sabor das contingências, deixa de aprender com seus erros de percurso. Isso é sobremodo percebido nas leituras econômicas do direito realizadas por Richard Posner que, apesar de se estruturar dentro de arranjos sistêmicos e móveis, tem o demérito de se limitar nesse suposto ponto ótimo numa variante jurídica da mão invisível de Adam Smith²⁰⁵, como se tivéssemos chegado ao fim da história. No fundo o que Posner faz é negar o conceito de premissas provisórias de William James²⁰⁶, pois, ao se ter o *homo economicus* como consequencial do *homo sapiens* e do *homo faber*, deixa de admitir a possibilidade do surgimento de um *homo angelus*, como referido na sétima etapa do desenvolvimento moral de Habermas²⁰⁷. Posner desconsidera o que há muito Max Weber já compreendera, ou seja, o fato de que o sistema de justiça não é estanque, sendo tão só representativo de um momento específico imposto pela história²⁰⁸.

Supor que as Constituições têm “vida”, se for vista como reflexiva da humanidade que se propõe a coordenar, como já fora destacado por Bruce Ackerman na *Harvard Law Review*²⁰⁹, não só os operadores do direito são colocados diante da questão de como deve ser modulada a força ilocucionária dos comandos constitucionais, como também a teoria epistemológica, inerente à teoria do contrato social, precisa se reorientar para trazer para seu bojo o homem e sua humanidade. Bem distinto do que pregava a teoria constitucional soviética do início do século passado, para quem a força jurídica do texto constitucional estaria precisamente em compreender a imutabilidade de seus contornos²¹⁰.

De fato, Häberle sabe que a força constitucional, em seu exercício de modulação, não se afasta do substrato cultural onde o sujeito se encontra²¹¹. O grande problema é que as metódicas constitucionais não conseguem se reinventar no mesmo compasso e, muitos dos

²⁰⁴ Cf. Edward H. Levy, *Uma Introdução...*, pp. 94-95.

²⁰⁵ Cf. Richard. A. Posner, *A Economia da Justiça*, trad. por Evandro Ferreira e Silva, São Paulo, 2010.

²⁰⁶ V. *infra*, nº 104.

²⁰⁷ Cf. Jünger Habermas, *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*, trad. por Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, 1983, p. 72.

²⁰⁸ Cf. Max Weber, “Burocracia e Liderança Política”, in *Os Economistas – Textos Selecionados*, trad. por Maurício Tragtenberg/Waltensir Dutra Calógeras/*et. al.*, São Paulo, 1997, p. 41.

²⁰⁹ Cf. Bruce, Ackerman, “The Living Constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 120, nº 7, 2007 (disponível online).

²¹⁰ Cf. P. Romashkin, *Fundamentos del Derecho Sovietico*, trad. por Jose Echenique, Moscú, 1962, p. 52.

²¹¹ Cf. Peter Häberle, *Constituição e Cultura. O Direito ao Feriado como Elemento de Identidade Cultural ao Estado Constitucional*, trad. por Marcos Augusto Maliska/Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro, 2008, pp. 31-32.

que tentam não conseguem avançar do programa hermenêutico de Savigny – interpretação genética, gramática, teleológica e sistemática –, cujo escopo visava conferir suporte a uma historiográfica linear e etnográfica, subjacente à escola histórica do direito. E não é isso que se está a propor.

Diante dessas circunstâncias, na prática o que se vê é que a força ilocucionária dos comandos constitucionais se modula de tal modo como advertido por Konrad Hesse, ao reconhecer que, se por um lado a força constitucional é vivaz, na medida em que se alimenta da realidade que nos cerca, por outro esbarra na própria limitação do texto²¹², ou pelo menos deveria ser assim. Fato é que já nos sentimos habilitados para declinar como cada corrente filosófica importada pelo direito trabalha para ativar a força ilocucionária dos comandos constitucionais, senão vejamos:

Teoria filosófica	Projeção da força ilocucionária constitucional	Plano linguístico ativado	Consequência
Pragmatismo	Média	Pragmática	O dia-a-dia dita a direção que o direito deve evoluir.
Positivismo	Baixa	Sintaxe	Mostra-se insuficiente às contingências modernas
Pós-positivismo ²¹³	Alta	Semântica ²¹⁴	Possibilita que o julgador utilize-se da força ilocucionária dos comandos constitucionais para derrogar ou reformular a legislação ordinária.

Embora já se reconheçam algumas propostas de controle da relação semântico-pragmático, o que vem sendo feito principalmente pelo desenvolvimento da teoria da argumentação²¹⁵, se bem visto, não raro essas propostas trazem consigo disfunções de outra

²¹² Cf. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, trad. por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991, pp. 22-23.

²¹³ Para Luís Roberto Barroso, essa teoria constitucional significa a concessão de força normativa à Constituição (cf. *O Novo...*, pp. 28-29). Contra, Rodrigo de Oliveira Kauffmann, *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*, São Paulo, 2011, pp. 195-214; José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, 2014, pp. 72-74.

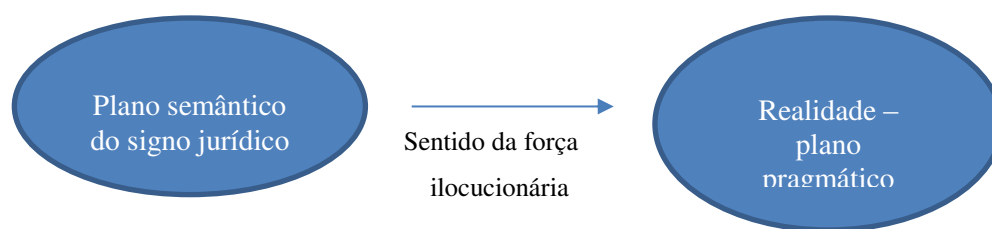
²¹⁴ Erige-se uma interpretação moral da Constituição (cf. Susanna Pozzolo, “O Neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico”, in *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição*, Florianópolis, 2012, pp. 84-88).

²¹⁵ Carlos Mário Veloso entende que a relação entre o texto/contexto e fato/norma, tudo apreendido numa outra forma de funcionalizar a teoria constitucional, abriu novos espaços de argumentação transformadora, a qual se viu transferida ao julgador (cf. “Da jurisdição constitucional ou do Controle de constitucionalidade”, in *Tratado*

natureza. Mesmo admitindo que a linguagem jurídica sofra tensões de significações, Zippelius procura legitimar o melhor conteúdo na construção do auditório para ratificá-lo, ou seja, limita-se a dizer que as razões que marcariam as escolhas dos conteúdos jurídicos devem traduzir o que pode ser extraído do contexto ético-jurídico da comunidade²¹⁶, não sendo outra a tarefa que deve satisfazer o instituto da ponderação²¹⁷. Mas mesmo que pudéssemos expandir o conceito de auditório ao máximo, o que poderia aplacar as deficiências ínsitas à democracia formal e a teorias de valores de cunho etnográfico, os problemas não seriam resolvidos. Qualquer pretensão neste sentido tenderia a ser desmontada ao se tomar contato com o conteúdo da obra *A Sociedade do Espetáculo*, escrita por Guy Debord, onde se nota que a goma de aglutinação da humanidade, suplantando as fronteiras dos Estados-nações, colocou a todos para seguir e deixar-se guiar por padrões consumeristas²¹⁸, marca de nossa universalidade atual. E isso, como observa Celso Campilongo, significa a própria diminuição da força dos direitos humanos²¹⁹.

De todo modo, podemos observar que a semiótica, pelo menos aquela que tem despertado o interesse dos juristas da linhagem positivista, pode ser representada pelo seguinte diagrama (Fig. 1):

Fig. 1 – Roteiro estático da estrutura semiótica



de *Direito Constitucional*, Ives Gandra da Silva Martins/Gilmar Ferreira Mendes/Carlos Valder do Nascimento (orgs.), 2ª ed., São Paulo, 2012, pp. 602-608). O que corresponde ao surgimento de um novo padrão ético (*ibidem*, p. 606). No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil”, in *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 8, nº 2, maio/ago. 2003, p. 261.

²¹⁶ Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria do Método Jurídico*, trad. por António Franco/António Francisco de Sousa, 11ª ed., São Paulo, 2016, pp. 85-95.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 88.

²¹⁸ Cf. Guy Debord, *A Sociedade do Espetáculo*, trad. por Estela dos Santos Abreu, Rio de Janeiro, 1997, pp. 14-19.

²¹⁹ Cf. Celso Fernandes Campilongo, *O Direito...*, pp. 19-23.

4.2. *Uma nova perspectiva: os princípios fundamentais como metalinguagem-sintaxe*

4.2.1. Noções propedêuticas

Realizar divisões taxonômicas, tarefa cara à Ciência do Direito, como colocar os direitos humanos de um lado e direitos fundamentais no outro, perdem todo o sentido, já que, levianamente, faz migrar a nossa atenção para atributos como identidade e dessemelhança, dimensões reconhecidamente úteis para o processo de fichamento, rotulagem e arrumação, movimentos típicos da sistematização do conhecimento, mas que, de tão sobrevalorizados, privam-nos de apanhar os acontecimentos concertados não menos eminente, que sempre estiveram presentes no trânsito comunicacional filtrados pela arquitetura do contrato social.

É aqui que vemos como as teorias do direito e comunicacional nunca deixaram de ser afins, remanescendo a fenomenologia deôntica funcionalizar outros sistemas, como, v.g., a economia, a cultura e a política²²⁰. Interfaceando universos comunicacionais distintos, o direito vocacionou-se em ir recalibrando, ao longo da história, a marcação dos diversos jogos de linguagem que, de algum modo, estão vinculados a esses sistemas. Whitehead contribui com nossa leitura ao nos colocar dentro de uma reflexão que nos permite concluir que o esfregar dessas placas sistêmicas não se faz a esmo, já que as relações humanas inclinam-se, invariavelmente, a empurrar o homem para dentro de níveis progressivos de nossa humanidade, indo de projetos que se limitava a nos manter vivos, àqueles que nos coloca diante de planos de viver melhor do que antes²²¹, diminuindo as distâncias entre os homens.

Nesse aspecto, podemos sustentar que o direito pode ser enxergado como um conjunto operativo cujo escopo consiste em transportar, na linha do tempo, invólucros vazios que, em cada época, torna-se preenchido por conteúdos informativos específicos. Nisso, não é de todo despiciendo o fato de Kelsen nunca ter chegado a sustentar que o direito não poderia ser preenchido com elementos morais, afinal, sua tese era a de que o direito não pode ser encarado como sendo uma moral absoluta²²², já que isto significaria instituir uma razão ou fundamentalidade última ao direito.

Invólucros normativos que, se se desenvolvem retroalimentando-se da cultura circundante, depois de determinado tempo, passam a reclamar um novo estágio homeostático

²²⁰ *Ibidem*, pp. 159-150.

²²¹ Cf. A. N. Whitehead, *A Função...*, p. 5.

²²² Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., São Paulo, 2003, pp. 77-82.

– equilíbrio dinâmico provisório –²²³ quando a relação de equilíbrio ou desequilíbrio entre os jogos de linguagem assim o exigem. Neste contexto, mostra-se como sustentável a ideia de que o direito possa ser apontado como um mecanismo de bloqueio institucional que se ativa naquelas hipóteses em que o *status quo* flerta com o presente. É diante desses panoramas que os comandos constitucionais vigorizam sua força ilocucionária na tarefa de expurgar qualquer significação semântica utilizada no processo comunicacional que, como sabemos, tem o potencial de se converter em ação, tida como disfuncional. Com esses contornos, os princípios fundamentais exerceriam a figura de uma metalinguagem-sintaxe dentro do processo comunicacional, algo que, num primeiro instante não se preocuparia essencialmente com o conteúdo, o que acaba nos aproximando da moderna teoria da informação elaborada por Claude Shannonn (1916-2001)²²⁴, para quem a informação não seria nada além de “uma medida da redução de incerteza para o receptor”²²⁵. Embora sua teoria matemática da comunicação tenha se preocupado com a diminuição das incertezas e ruídos no processo comunicacional entre dois pontos, não necessariamente com o significado dessa comunicação, de certa forma, o próprio Shannonn e, mais tarde, de modo mais sistematizado, Douglas MacKay, percebe que a própria redução de ruídos é conseguida pela própria informação, ou seja, seria a informação que acabaria selecionando a si própria²²⁶. Com isso, a aprendizagem da informação teria a capacidade de selecionar aquelas mensagens que se tornam indesejadas ao sistema, e é esse o papel que parece ser exercido pelos princípios fundamentais. Pois, há de se notar que a cada etapa da humanidade os princípios fundamentais vêm expurgando aqueles conteúdos semânticos que não mais se ajustariam à realidade. Assim, se na antiguidade a filha não se mostrava idônea para herdar os bens do pai falecido, em razão da singular visão que se tinha do conceito de família²²⁷, este conceito alterou-se muito desde então, irradiando novas interpretações pelos juristas. De fato, recentemente, nos Recursos Extraordinários nº 64671 e nº 878696, julgados aos 11 de maio de 2017, a Corte Constitucional brasileira entendeu que o artigo 1.790 do Código Civil não poderia fazer qualquer diferenciação entre o direito de sucessão entre os casados e os homossexuais que vivem em União Estável. Com esse exemplo vê-se claramente que a calibragem do conceito de família ganhou uma força

²²³ Cf. Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria Geral dos Sistemas*, trad. por Francisco M. Guimarães, 3ª ed., Petrópolis, 1977, pp. 217 ss.

²²⁴ Cf. E. Shannon, “A Mathematical Theory of Communication”, in *The Bell System Technical Journal*, vol. 27, July-October 1948, pp. 379 ss. (disponível online).

²²⁵ Cf. Robert K. Logan, *O que é Informação*, trad. por Adriana Braga, Rio de Janeiro, 2012, p. 27.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 33-40.

²²⁷ Cf. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*, trad. por J. Cretella Jr./Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo, 2011, pp. 94 ss.

ilocucionária que tem o potencial de privar leituras disfuncionais de alguns conceitos jurídicos infraconstitucionais. O que é bem diferente do conteúdo da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça que, malgrado integrante do Poder Judiciário, com base nas decisões proferidas pela mesma Corte Constitucional nos julgados ADPF 132 e ADI 4277, usurpou a competência da política para instituir, por ato administrativo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

4.2.2. As perspectivas pragmáticas e sintáticas diante de uma nova perspectiva dos princípios fundamentais

Em nosso plano de estudos sustentar que a informação seleciona a informação seria romper com o ciclo letárgico que habilidosamente nos jogou o racionalismo abstrato, ou ainda, como operacionalizar as razões especulativas de Whitehead, em substituição à simplificação duológica causa-efeito, padrão que acompanha os juristas do direito ocidental. Mas se no ano de 1929 Whitehead foi talentoso em nos retirar do vício da visão linear (causa-efeito), não foi tão generoso em nos mostrar como poderíamos eleger, coletar e valorizar fatos e eventos que se comportam dentro de arranjos, no mínimo, poligonais, já que nada da experiência ou aprendizagem pode ser sumariamente excluído diante de cenários de altíssima complexidade, pois, como destaca Heisenberg, nesses cenários a lógica trivializada pela ciência precisa apreender a lidar com fatores como probabilidades e incertezas²²⁸.

Foi preciso que muito tempo passasse para que, na década de 60, os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, a princípio sem qualquer contato com a obra de Whitehead, propusessem-se a recuperar esse extrato científico solto²²⁹. Notam os pesquisadores chilenos que, no Ocidente, é normal que se mire na ação ou nos resultados para dar início a qualquer processo de interpretação. Procedimentos de reflexão e que possam anteceder a realização de atos materiais são de pouco ou nenhuma importância fenomenológica²³⁰. Provavelmente, o operador do direito, apegado à herança das ciências naturais, não veja maiores problemas nessa supressão de etapas, afinal, depois da reorientação que a linguística sofreu com o perfil ilocucionário da linguagem, ao direito muita importância

²²⁸ Cf. Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*, trad. por Leonidas Hegenberg/Octanny Silveira da Mota, 2ª ed., São Paulo, 2013, pp. 191-219.

²²⁹ Cf. Humberto Maturana, “A Biologia do Conhecer”, in *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/*et. al.* (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014, pp. 35-36.

²³⁰ Cf. Humberto Maturana R./Francisco Varela G., *A Árvore do Conhecimento. As Bases Biológicas do Entendimento Humano*, trad. por Jonas Pereira dos Santos, São Paulo, 1995, p. 67.

se concedeu à ação. Se hoje, principalmente após os horrores da Segunda Guerra Mundial, estamos sendo empurrados para uma aproximação com essa fase de reflexão, como ainda continuamos umbilicalmente atados com as razões práticas, à doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais, derivação do neoconstitucionalismo²³¹ que funcionaliza a categoria dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na medida do possível se ajeita para admitir que esse processo reflexivo possa ocorrer *a posteriori*²³², na pessoa do Estado-juiz. Outrora introduzidos como régua de correção aos entusiasmos desmedidos do liberalismo, os direitos fundamentais são reposicionados para controlar diretamente a autonomia privada²³³. E aqui, entendem muitos, não haveria sequer sustentar desequilíbrio entre as competências constitucionais, já que não veem qualquer transferência excessiva de poderes aos juízes da instância ordinária da jurisdição²³⁴. Afinal, não se pode esquecer que, se num primeiro momento, caberia ao legislador calibrar qualquer tipo de interferência nessa autonomia privada, isso não excluiria, numa segunda etapa, o julgador. O que não se observa é que, potencializadas ao limite, como exigem contextos com alto índice e grande variedade de contingências, muitos não conseguem perceber a revitalização do próprio *Leviatã*, como vem ocorrendo com a dogmática brasileira. Se antes da edição do Código Civil de 2002 até se poderia encontrar motivos para justificar a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que o Código de 1916²³⁵, consentâneo das ideologias do Código Napoleônico de 1804, ainda não conseguia se ajustar ao programa da Constituição brasileira de 1988, soa estranho e perigoso que, mesmo após a introdução de mecanismos capazes de realizar a leitura axiológica proposta por Reale desde a década de 40²³⁶, a doutrina civilista, ainda assim, continue a insistir na manutenção dessa doutrina como forma de manter o justo

²³¹ Cf. Rodrigo de Oliveira Kauffmann, *Direitos...*, pp. 195-214.

²³² Cf. Wilson Steinmetz, “O Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (org.), São Paulo, 2010, pp. 11-53.

²³³ Cf. Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1982, pp. 7-15 e 138.

²³⁴ Cf. Benedita Ferreira da Silva Mac-Crorie *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2005, p. 76. No mesmo sentido, Jorge Reis Novais, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, pp. 681-687; Daniel Giotti Paula, “Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Constitucionalização da Política”, in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, André Luiz Fernandes Fellet/Daniel Giotti de Paula/Marcelo Novelino (orgs.), Salvador, 2013, p. 273; Anderson Vichinkesk Teixeira, “Ativismo Judicial: Nos Limites entre a Racionalidade e a Decisão Política”, in *Revista DireitoGV*, nº 8, vol. 8, São Paulo, jan./jun. 2012, pp. 41-42 (disponível online).

²³⁵ A falta de textura axiológica era compensada pela clareza, segurança e precisão (cf. Clóvis Bevilacqua, *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1906, pp. 14-21).

²³⁶ Cf. Judith Martins-Costa/Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 2002.

no sistema²³⁷. Para o jusfilósofo Thomas Nagel o problema de noções como certo e errado, marcas que desde sempre acompanham o justo, e é isso que se está a falar em última instância, consiste nas dificuldades que se tem para colocar tais substratos dentro de roteiros metodológicos, não sem razão enxerga com reservas a ponderação judicial como etapa de validação de conteúdos por uma plateia etnográfica²³⁸. No limite, o que essa doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais faz é senão permitir que o julgador possa projetar perfis *sui generis* de sentenças aditivas²³⁹, que, se antes se limitavam à atuação político-constitucional dos Tribunais Constitucionais, agora ganham um matiz operativo dentro da jurisdição ordinária. Logo, não mais se torna estranho ao sistema, pelo menos dentro das premissas escolhidas, a possibilidade do julgador atuar na omissão do legislador, podendo até mesmo fazer incursões *contra legem*, desde que consiga justificar esse movimento pelo auxílio dos princípios constitucionais²⁴⁰. No plano linguístico é como se o operador do direito pudesse compor do modo que melhor lhe aprouvesse o conteúdo e a forma ilocucionária dos comandos constitucionais para interferir na realidade que pretende construir.

Precisaríamos encontrar um modelo epistemológico onde se pudesse controlar essa ampla liberdade que goza o operador do direito no manuseio do signo jurídico. Neste enfoque, convém observar que Varela, mesmo depois de muito labutar para colocar a epistemologia em outro patamar, mais tarde consegue adicionar contribuições significativas, embora de natureza heurística, à teoria do conhecimento, remetendo-nos ao comportamento cooperativo típico do Oriente²⁴¹. Contudo, como não consegue ir além de contornos propositivos, Galtung nos facilita a visão ao aproximá-los dos direitos humanos. Como no Ocidente a formação humanística segue o projeto judaico-cristão²⁴², fazendo coincidir a imagem do homem com a de seu Criador, a teoria dos direitos humanos universais não consegue se apartar do culto ao individualismo, quiçá sendo esse o referencial ideal que se adota quando modula a força ilocucionária dos comandos constitucionais. Curiosamente no Oriente, não menos reativo à dimensão religiosa – budismo e hinduísmo –, tal construção acaba por se aproximar do

²³⁷ Cf. Paulo Lôbo, *Direito Civil. Parte Geral*, São Paulo, 2009, p. 45; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*, 11ª ed., São Paulo, 2011, pp. 33-35.

²³⁸ Cf. Thomas Nagel, *Uma Breve Introdução à Filosofia*, trad. por Silvana Vieira, 2ª ed., São Paulo, 2007, pp. 63-91.

²³⁹ Sobre as características dessas decisões, cf. Alexandre Antonucci Bonsaglia, *Sentenças Aditivas na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, 2010, Especialização (Monografia em Direito) – SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, pp. 21-22.

²⁴⁰ Nessa premissa, Thomas Bustamante, “Conflitos Normativos e Decisões *Contra Legem*: Uma nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas”, in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, André Luiz Fernandes Fellet/Daniel Giotti de Paula/Marcelo Novelino (orgs.), 2ª ed., Salvador, 2013, pp. 115-144.

²⁴¹ V. *infra*, nº 157.

²⁴² Cf. Johan Galtung, *Direitos...*, p. 16.

cooperativismo em rede²⁴³, certamente consequencial no modo como se passa a compreender o mundo²⁴⁴.

Tal qual intuitivamente outrora supôs Whitehead²⁴⁵, os pesquisadores chilenos com mais nitidez compreendem o erro da teoria evolucionista e sua repercussão na teoria do conhecimento. De fato, Darwin pecaria por simplificar e colocar dentro do limitado espectro causa-efeito um fenômeno maior, já que supôs que os fatores externos ao organismo ditariam sua marcha evolutiva²⁴⁶, colocando o sujeito como mero coadjuvante nessa realidade²⁴⁷. Transportando esse perfil epistemológico à ciência política, torna-se fácil compreender porque o positivismo, em sua origem, admitia que o *Leviatã* ficasse fora da arquitetura do contrato social a ditar a direção do sistema social. Não obstante, os chilenos propõem sair desse constrito epistemológico causa-efeito e que passemos a compreender que o organismo biológico (sujeito), então, bombardeado de “informações” pelo ambiente (objeto), não se colocaria como mero receptor passivo dos comandos. Imaginam que, de algum modo, as estruturas de ambos os lados cooperariam na seleção das diversas informações e mensagens que flutuam entre eles. O fato é que conseguiram confirmar, com reverberação em várias áreas do saber, inclusive à Ciência do Direito, que ambientes distintos se acoplam para trocar experiências e aprendizagens, elevando o padrão funcional do todo²⁴⁸.

Hoje, com a fragilização dos lindes dos Estados-nações, fica mais fácil compreender que planos éticos distintos entraram num movimento irrefreável de compartilhamento de experiências e aprendizados. Seria como imaginar que a um país X, localizado num extremo do globo, pudesse aprender com as experiências do país Y, disposto noutra raia. Não seria tão surreal pugnar essa tese quando se percebe que a onda revolucionária conhecida como Primavera Árabe, depois de dezembro de 2010, consiga se justificar por esse prisma. O interessante é que bem antes que isso ocorresse, Lynn Hunt, após realizar minuciosa investigação a respeito da formação dos direitos humanos, já nos abria para essas possibilidades de compreensão. Com um olhar que parte do século XVII, Hunt percebe que a

²⁴³ *Ibidem*

²⁴⁴ Embora o próprio Kant, em alguns ensaios preparatórios, tente fugir do solipsismo, que poderia vir junto com seu imperativo categórico, não consegue ir além do tatear essa perspectiva holística (cf. *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, trad. Artur Mourão, livro digital disponível em www.lusosofia.net (disponível online). Do mesmo autor, *Para a Paz Perpétua*, trad. por Bárbara Kristensen, Galícia, 2006).

²⁴⁵ Whitehead, para elaborar suas convicções, adota como exemplo os equívocos de interpretação que Charles Darwin faz ao simplificar o fenômeno da evolução, que não consegue explicar como a lei do mais forte ou do mais apto consegue projetar nos seres padrões progressivos que direcionam a evolução para o aspecto qualitativo da vida. (cf. *A Função...*, pp. 4-5).

²⁴⁶ Cf. Charles Darwin, *A Origem das Espécies*, trad. por Eduardo Fonseca, São Paulo, 1995, p. 434.

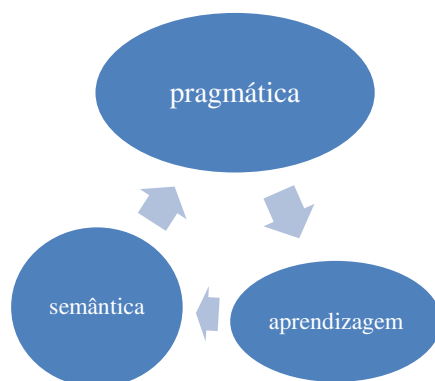
²⁴⁷ Cf. Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria...*, pp. 63-64.

²⁴⁸ Cf. Humberto Maturana R./Francisco Varela G., *A Árvore...*, pp. 131-133.

comunicação entre culturas e eventos que não são tão próximos seria capaz de mudar a nossa percepção da realidade, jogando-a num outro nível²⁴⁹. Se com isso observou um incremento dos dutos de comunicação, onde sentimentos como empatia e compaixão se comunicavam, expandindo não somente nossas consciências, como também reflexos em nosso agir, os estudos do desenvolvimento moral de Kohlberg – escala que vai do estágio 1º ao 6º²⁵⁰, apresenta-nos os níveis éticos pelos quais a sociedade mundial poderia passar. Se nos mantivermos próximo às ideias de Varela e Maturana, não fica difícil intuir que, mesmo cômicos do descompasso entre todos os Estados-nações, o conjunto de sistemas sociais tenderia a promover um movimento de empuxo no todo.

Tudo isso significa que a pragmática opera efeitos na composição da semântica, que, por sua vez, depois de recalibrar sua força ilocucionária mediante a experiência e a aprendizagem absorvida, devolve para a pragmática sua força. Sob esse ângulo, o operador do direito, ainda que não conheça do fenômeno, não é efetivamente livre quando passa a compor e modular o potencial ilocucionário dos comandos constitucionais (Figura 2).

Fig. 2 - Roteiro dinâmico da estrutura semiótica



²⁴⁹ Cf. Lynn Hunt, *Invenção dos Direitos Humanos: Uma História*, trad. por Rosaura Eichenberg, São Paulo, 2009, pp. 177 ss.

²⁵⁰ Os estudos de Kohlberg têm sido hábeis para mostrar como o homem, dentro de seu percurso evolutivo, projeta-se dentro de um caminhar que pode ser derivado em três níveis, cada qual composto por duas etapas, senão vejamos: (1) Nível *pré-convencional*: estágio 1º - o agir é determinado pela sanção, não havendo questionamentos quanto a essa legitimidade (cf. Ronald Duska/Mariellen Whelan, Duska, Ronald/Whelan, Mariellen, *O Desenvolvimento Moral na Idade Evolutiva. Um Guia a Piaget e Kohlberg*, São Paulo, 199., p. 56). Estágio 2º, já se desenha uma reciprocidade entre o sancionador e sancionado (*ibidem*, pp. 56-57). (2) No próximo nível, denominado *convencional*, tem-se a 3ª fase da evolução moral, quando agimos pelo ideal do grupo em que nos encontramos inseridos (*ibidem*, p. 57). Na 4ª fase, age-se em respeito à ordem social e a autoridade instituída (*ibidem*). (3) Chega-se, por fim, ao último nível, denominado *pós-convencional*, onde a 5ª fase corresponde um agir em grupo, onde a felicidade sistêmica é buscada segundo o receituário utilitarista (*ibidem*). Essa evolução moral tem seu ponto ótimo na 6ª fase, onde todos se portam pela condução de valores éticos universais (*ibidem*). Também nos chama atenção que o fato de os escritos Lecomte Du Noüy antecipar Kohlberg na conclusão de que a evolução moral se daria por estágios (cf. Lecomte Du Noüy, *A Dignidade...*, p. 57), cujo estado a ser atingido, numa alusão direta a Cristo, corresponderia ao que denomina como dignidade humana (*ibidem*, pp. 267 ss.). Para questionamentos sobre a credibilidade desses estudos, cf. Ângela Maria Brasil Biaggio/Ecléa Fernandes Guazelli, “Relações entre Maturidade de Julgamento Moral e internalidade de locus de Controle”, in *Psicologia do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 1984, pp. 65.

A questão, então, é como selecionar as informações, num universo de tantas possíveis, aquelas que podem auxiliar na composição do conteúdo do signo jurídico. Afinal, muitas destas, extraídas da realidade, podem ser altamente disfuncionais. Lembremo-nos de que Lecomte Du Noüy, tendo vivido os horrores da Segunda Guerra, relata-nos que a Alemanha nazista só conseguiu destravar o ódio coletivo, porque o sentimento de alguns poucos, convertidos em linguagem de propaganda²⁵¹, conseguiu reorientar os padrões éticos da maioria²⁵². Não deixa de ser curioso que Ingeborg Maus perceba que os juízes *nazi* não só sentiram essa reorientação, como passaram a modular a força ilocucionária dos signos jurídicos de forma consentânea ao ódio coletivo destravado²⁵³.

4.2.2.1. A dinâmica da metalinguagem-sintaxe

Se vimos que o contexto (pragmática) interfere na composição e modulação do signo jurídico, precisamos encontrar mecanismos que não só possam obstruir os reforços semânticos deletérios, como também sejam capazes de buscar na experiência e na aprendizagem, o empuxo necessário para conduzir as relações humanas a outro nível homeostático, ou de equilíbrio provisório, até que outra onda de aprendizagem nos force a avançar para outro estágio.

Como vemos com desconfiança não apenas a lógica causalista que tomou conta do direito, bem como a insistência que muito de seus operadores têm de eleger referenciais universais e absolutas para justificar determinadas linhas de evolução, alternativa factível seria metodizar de uma forma nada comum os princípios fundamentais. Com esse propósito, mostra-se possível entendê-los como engrenagens a operar como se fossem sintáticas “invertidas”, numa insólita adjetivação.

Essa ideia fica mais palatável ao volvermos nossa atenção para a teoria da quantidade de variabilidade que compõe a teoria cibernética de W. Ross Ashby (1903-1972). *Grosso modo*, trabalhando com universos probabilísticos, Ashby observou que nos processos que envolvem muitas informações, uma proposição tende a ser válida, quanto maior for os elementos ou caracteres escolhidos para identificar o conjunto²⁵⁴. Assim, se quisermos

²⁵¹ Cf. Lecomte Du Noüy, *A Dignidade...*, p. 55.

²⁵² *Ibidem*, pp. 44 ss.

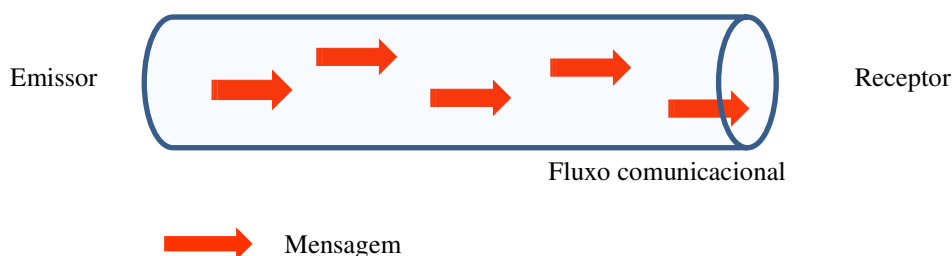
²⁵³ Cf. Ingeborg Maus, “Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Orfã”, in *Novos Estudos*, nº 58, novembro 2000.

²⁵⁴ Cf. W. Ross Ashby, *Introducción a la cibernética*, trad. por Jorge Santos, 2ª ed., Buenos Aires, 1972, pp. 288-289

selecionar os atletas mais aptos para determinada prova num curto espaço de tempo, a probabilidade de êxito aumenta cada vez que uma variável seletiva é acrescida, como pessoas como o peso adequado, estatura reclamada pela atividade, idade em que se tem maior eficiência à empreita.

A ideia de regras sintáticas invertidas parte do movimento oposto. Isto é, toda significação que já foi testada e se mostrou disfuncional no curso da história humana deve ser rejeitada. Nesse sentido, podemos afirmar que num passado distante o fluxo comunicacional, que se realizava entre o *emissor* e o *receptor*, era feito sem muito controle prévio em relação à força ilocucionária (Figura 3).

Figura 3 – Diagrama do fluxo comunicação

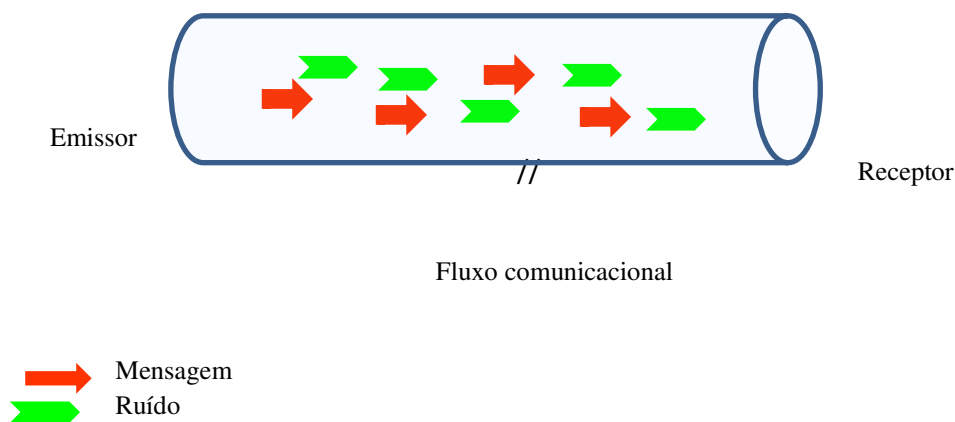


Com o decorrer do tempo, o processo comunicacional deparou-se com ruídos²⁵⁵ que desnivelaram o grau de equilíbrio alcançado entre os diversos jogos de linguagens e, por consequência, entre os praticantes de específicas categorias de linguagens (Figura 4). Por exemplo, podemos imaginar que um indivíduo X se propôs a realizar um serviço A para Y. Acontece que tempos depois Y percebe que esse serviço não foi realizado como havia imaginado, muito embora X acredite que não tenha se afastado das instruções recebidas. Um ruído surgiu no processo comunicacional entre X e Y que precisa ser resolvido. Se estivéssemos no sistema de acordo vassálico, típico do regime feudal, apesar de existir reciprocidade entre as partes, indiscutivelmente o vassalo acabaria se colocando sujeito às vontades do senhor, inexistindo mecanismo que pudesse reequilibrar a relação de outra forma²⁵⁶.

²⁵⁵ Cf. Isaac Epstein, *Teoria da Informação*, São Paulo, 1986, p. 21.

²⁵⁶ Cf. Marc Bloch, *A Sociedade...*, pp. 270-271.

Figura 4 - Mensagem transmitida com ruídos



No entanto, ao se adicionar mais tempo ao contexto, práticas distintas acabam reorientando o equilíbrio desse processo comunicacional. No nosso exemplo, podemos dizer que, aos poucos, começou a surgir no regime feudal a figura do burguês, indivíduo que passou a viver de trocas e do eventual lucro haurido nessas operações. Dessa maneira, não só começou a adquirir poderes, como também a própria situação do vassalo altera-se nesse fluxo, já que toda configuração de poder se reposiciona²⁵⁷, surgindo, tempos depois, um substrato ético que trava o retorno ao estágio anterior, não sendo outro o fenômeno que estaria por trás do surgimento do constitucionalismo moderno.

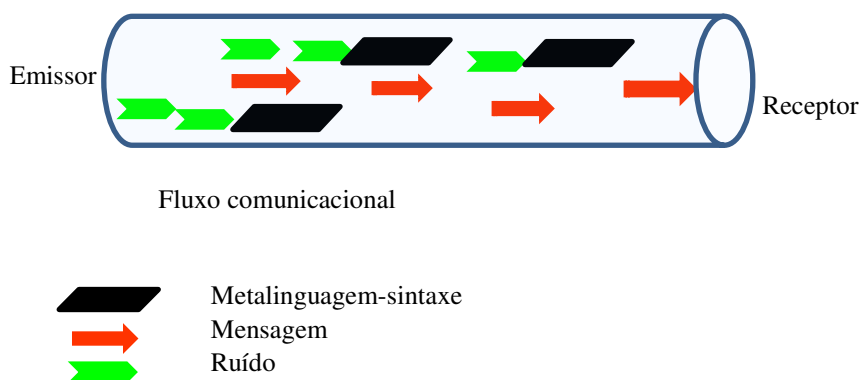
O interessante é que esse substrato ético, por conveniência e eficiência, se foi celebrado pelo direito porquanto auxiliou na configuração de códigos idôneos para rebater os ruídos indesejados, não torna o próprio direito, também um jogo de linguagem, solto para fazer o que bem entender. Sua verdadeira vocação deve ser entendida e afinada com a etapa do contrato social²⁵⁸. Por isso, beira o surreal o caminho adotado recentemente pelo Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela que, no dia 31 de março de 2017, num recurso cujo escopo era interpretar atos normativos, ao constatar a recalcitrância legislativa do parlamento em

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 417-421.

²⁵⁸ Recentemente esse perfil conformativo parece ter ganhado textura em Ana Paula de Barcellos, quando reconhece que uma democracia heurística reclama da função legiferante, ao lado das tradicionais fases da aferição da competência, respeito ao regimento interno e parametrização aos limites constitucionais, o legislador teria ainda de se sujeitar ao que denominou como DPEN – devido procedimento de elaboração normativa (cf. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa*, Belo Horizonte, 2016, pp. 73-78). Tudo isso significa que, na atual fase da democracia, o procedimento de justificação no processo legiferante, bem longe de redundar no aumento do controle judicial *a fortiori* sobre a atividade política (*ibidem*, p. 76), é intrínseco à democracia que não ganha do escrutínio popular livre licença para desdenhar as conquistas realizadas. Barcellos nos faz refletir se não seria a inexistência desse procedimento prévio que tem marcado a distância entre a força ilocucionária dos comandos constitucionais e a sua irrefletividade no plano fático (*ibidem*, pp. 36 ss.).

disciplinar a lei referente a hidrocarbonetos, por decisão judicial fecha o congresso e avoca para si as funções parlamentares²⁵⁹, como se estivéssemos retornado ao estágio feudal da sociedade. No fundo, o que se pretende dizer é que os princípios fundamentais, representativos dessa metanorma ética, condicionam a força ilocucionária das palavras que compõem qualquer fluxo comunicacional, bloqueando os ruídos indesejados (Fig. 5), inclusive no que toca à própria configuração do contrato social.

Figura 5 - Bloqueio de ruídos pelos princípios fundamentais



Para que a estrutura do contrato social, hoje coincida com a Constituição, consiga funcionalizar os princípios fundamentais na tarefa de calibrar a força ilocucionária dos comandos constitucionais cuja missão se encerra em equilibrar os jogos de linguagem, precisaremos desenvolver uma metódica capaz de trabalhar com testes, erros e adaptações²⁶⁰, se se pretende conduzir o sistema jurídico para outro nível de organização funcional²⁶¹. Transposição lógica, devemos reconhecer, que vem nos colocando em dificuldade quando precisamos migrar da perspectiva típica das ciências naturais àquelas das ciências do espírito²⁶².

²⁵⁹ Decisão disponível no endereço <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-29317-2017-17-0325.HTML>.

²⁶⁰ Cf. Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria...*, p. 73.

²⁶¹ Cf. W. Ross Ashby, *Introducción...*, pp. 21 e 40-47

²⁶² Cf. Karl Popper, *Lógica das Ciências Sociais*, trad. por Estevão de Rezende Martins/Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho/Vilma de Oliveira Moraes e Silva, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p.16.

5. Repensando o conceito de sistema jurídico

5.1. Os sistemas jurídicos: delimitação de nossa abordagem

A origem do sistema jurídico pode divergir bastante. Enquanto para Coing o primeiro sistema jurídico, datado de 160 d.C., é encontrado no jurista romano Gaio²⁶³, Mario G. Losano leva-o a mais longe por despi-lo da roupagem jurídica, chegando à Grécia²⁶⁴. Para fugir dessa problemática, por ora, fiamos na visão tradicional positivista para delimitar um ponto de partido à investigação, quer dizer, provisoriamente entender-se-á como sistema uma organização que se compõe do direito objetivo, onde as normas de base buscam sua validade naquela superior²⁶⁵. Pois, como veremos aos poucos, é aqui que a origem do raciocínio do jurista tem não só seu ponto de partida, como também onde rompem as dificuldades e disfunções que vêm se tornando cada vez mais evidentes na contemporaneidade ocidental. Logo, essa eleição de prisma não é à toa, na medida em que queremos nos ver colocados diante da aporia que vem desde sempre acompanhando os operadores do direito, o regresso ao infinito da validação, e que Kelsen procura resolver pela adoção de sua norma hipotética fundamental²⁶⁶, algo que se assemelha ao critério de validação das normas de reconhecimento de Hart²⁶⁷. No fundo, tal esforço procura resolver as razões do direito, ou sua justificação de partida. O interessante é que Kelsen, com sua tese da norma hipotética, pressupõe a existência de um acordo tácito entre os participantes da comunidade ao perceber que quando uma ordem antiga é rompida e outra surge em seu lugar, naturalmente deixa-se de seguir os postulados daquela e voluntariamente os novos postulados passam a ser seguidos²⁶⁸. Se olharmos com atenção veremos que Kelsen faz a dimensão do *dever-ser* encontrar com a dimensão do *ser*²⁶⁹ para além do ponto constitucional²⁷⁰ como forma de justificar o sistema jurídico. O que não deixa de ser curioso, afinal, mesmo que indiretamente acaba nos dizendo que a validade, ou suas razões, encontra sua justificação no plano da eficácia. E, se validade pode ser associada às razões ou justificações, vemos como esse plano investigativo se mostra arenoso quando

²⁶³ Cf. Helmut Coing, *Elementos...*, p. 362.

²⁶⁴ Cf. Mario G. Losano, *Sistemas e Estrutura no Direito*, vol. 1: *Das Origens à Escola Histórica*, trad. por Carlos Alberto Dastoli, São Paulo, 2008, pp. 11 ss.

²⁶⁵ Cf. Hans Kelsen, *Teoria...*, p. 121.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 123.

²⁶⁷ Cf. Herbert L.A. Hart *O Conceito de Direito*, trad. por A. Ribeiro Mendes, 6ª ed., Coimbra, 2011, p.111.

²⁶⁸ Cf. Kelsen, Hans, *Teoria...*, p. 126.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 128.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 130-131 e 146-147.

Carlos Santiago Nino constata existirem no mínimo seis possibilidades de emprego desse conceito²⁷¹.

Contudo, se o modelo de Kelsen é deveras abstrato, com Alf Ross ganha um verniz pragmático e ainda, pelo menos num certo sentido, resolve a confusão que Kelsen faz ao correlacionar os planos da validade e eficácia social²⁷². Por acreditar que o sistema normativo deva ser considerado como um esquema interpretativo²⁷³, Ross afirma que somente após a manifestação dos tribunais é que o sistema jurídico ganharia vida, antes disso, ter-se-ia apenas um mundo abstrato de ideias, cuja residência seria no plano mental dos juízes²⁷⁴. Por detrás dessas confusões entre os planos da existência, validade e eficácia, avizinhandos-se à teoria do conhecimento, o que se percebe é que a Ciência do Direito não consegue resolver, a contento, o problema de sua fundamentação. Hans Albert, ao dedicar-se ao tema, compreendeu que as fundamentações poderiam ser encaixadas em três classes (conhecido por trilema de Münchhausen), cada qual com seu problema correlato: (a) a tese de validação no superior tende a promover uma dinâmica recursiva que nos levaria ao infinito; (b) poderia, também, o processo de fundamentação ser encerrado dentro de um “círculo lógico”, ou seja, quando uma fundamentação for sacada para fundamentar outra; e, (c) por fim, quando por arbítrio se escolhe interromper o regresso ao infinito a partir de um determinado ponto, como expedientes como autoevidência, experiências, dogmas etc.²⁷⁵.

Giancarlo Corsi acredita que essa discussão teria perdido sentido com o advento do constitucionalismo moderno, já que desde a Revolução Francesa e a Independência Americana essa fundamentação não reclamaria maiores dificuldades, nem questionamentos²⁷⁶. Para Corsi, que muito se aproxima de Luhmann, o direito e o político se acoplariam na Constituição por meio dos princípios fundamentais. Alternativa curiosa, já que passa a compreender que tais princípios seriam vazios, cabendo aos demais subsistemas institucionais preenchê-los²⁷⁷. Uma leitura relevante tendo em vista o fato de propor caminhos

²⁷¹ Carlos Santiago Nino identifica seis sentidos que podem ser utilizados como ponto de validade dentro de um projeto sistêmico (cf. *Introdução à Análise do Direito*, trad. por Elza Maria Gasparotto/Denise Matos Marino, São Paulo, 2015, pp. 119-122).

²⁷² Alf Ross não utiliza a expressão eficácia social, mas vigência. Contudo, sua intenção está mais para colher a materialização do sistema normativo dentro da realidade social do que analisar tais aptidões ou potencialidades, por isso, substituímos tais expressões no intuito de conferir inteligibilidade ao texto (cf. *Direito e Justiça*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2000, p. 59).

²⁷³ Cf. Alf Ross, *Direito...*, p. 59.

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 59-61.

²⁷⁵ Cf. Hans Albert, *Tratado...*, pp. 26-27.

²⁷⁶ Cf. Giancarlo Corsi, “Sociologia da Constituição”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, trad. por Juliana Neuenschwander Magalhães, nº 39, 2001, p. 171.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 177 ss.

que neutralizariam os problemas sistematizados pelo trilema de Münchhausen, muito embora não consiga levar esse projeto as suas últimas consequências, pois, por ser muito mais próxima da teoria política do que da Ciência do Direito, priva-nos de metódicas quando os casos concretos batem às portas do Poder Judiciário.

Embora não sejamos concordes com a teorização sistêmica do direito elaborada por Luhmann, dele não se pode discordar quando afirma que “a teoria que descreve como algo produz seus próprios limites em relação ao ambiente (...) é a teoria dos sistemas”²⁷⁸. Esse enunciado, apesar de aqui emprestado num sentido certamente abominado por Luhmann, consegue retratar o *locus* onde muitos acabam encontrando a chave para destravar o mal fechado sistema de Kelsen para acessar a teoria de valores como razão primeira do direito²⁷⁹, muito embora, como chegamos a ver, essa pretensão perde todo o sentido ao se compreender o que realmente está detrás desta teoria.

Neste viés, precisamos entender melhor o conceito do sistema como elemento umbilicalmente correlacionado com o plano das razões ou de justificação do direito.

5.2. O sistema jurídico e as razões do direito

Uma visão invulgar do sistema jurídico se iniciou pelo trato temático que pode ser prospectado das experiências iluministas de Gottfried W. Leibniz (1646-1716)²⁸⁰, trilha supostamente seguida pela organicidade da escola histórica do direito, que procurou correlacionar elementos interligados dentro de um processo marcado pela alimentação e retroalimentação num universo delimitado, estando por detrás da noção sistêmica desenvolvida por Canaris²⁸¹. Não deixa de ser curioso que Del Vecchio já teria vislumbrado esse perfil de organicidade em Platão e Aristóteles, não se mostrando irreal ver até mesmo aqui os prelúdios do *Leviatã*²⁸².

²⁷⁸ Cf. Niklas Luhmann, *O Direito da Sociedade*, trad. por Saulo Krieger/Alexandre Agnolon, São Paulo, 2016, p. 20.

²⁷⁹ Mesmo dentro do sistema jurídico, cada qual trabalha o tema da forma que lhe convém. René David o utiliza para divisar o direito em função de suas características etnográficas (cf. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. por Hermínio A. Carvalho, 5ª ed., São Paulo, 2014). Sentido similar, Toni M. Fine, *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*, trad. por Eduardo Saldanha, São Paulo, 2011.

²⁸⁰ Cf. Carole Maigné, “Gottfried Wilhelm Leibniz”, in *História da Filosofia*, Jean-François Pradeau (org.), trad. por James Bastos Arêas/Noéli Correia de Melo Sobrinho, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2012, pp. 271 ss.

²⁸¹ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. por A. Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, pp. 10-11.

²⁸² Cf. Giorgio Del Vecchio, *História da Filosofia do Direito*, trad. por João Baptista da Silva, Belo Horizonte, 2010, pp. 19-24.

Por outro lado, Del Vecchio, ao se debruçar sobre as obras de Flaminio Mancaleoni, também reconhece que essa organicidade helênica não necessariamente seria aquela pressuposta pela escola histórica, pois, tal como os organismos vivos, sabe que o sistema jurídico é plástico, ora evoluindo, ora involuindo, cuja marcha fenomênica está vinculada aos critérios valorativos posicionados no centro da sociedade²⁸³. Longe de propormos a revitalização da escola histórica, não podemos negar que esta tem muito a nos ensinar acerca do funcionamento de sua organicidade²⁸⁴. Sob esse ângulo, não se mostra tão absurda a ideia de que uma elaboração sistêmica, se é um movimento perene, teve com Thomas Hobbes uma clareza que mais cedo ou mais tarde se faria evidente. Hobbes só faz o que a história já nos empurrava a fazer; retirar do sacro o critério de legitimação do plexo de relações intersubjetivas, erigindo em seu lugar um modelo ficcional (*Leviatã*) com colorido sistêmico e protopositivista²⁸⁵. Basta ver que, no ano de 1594, o protestante inglês Richard Hooker já teorizava a transferência da ministração dos desígnios cristãos ao rei²⁸⁶, revelando como as forças teológicas vinham perdendo força, inclusive com repercussão na reconfiguração da estrutura estatal.

Embora Scheler veja nisso uma reviravolta na demarcação do justo²⁸⁷, com um olhar desprovido de paixões, é factível até mesmo isentar Hobbes das injustas críticas que lhe são feitas pela historiografia. De fato, sua construção teórica foi até onde lhe permitira as circunstâncias, já que vivia sob o domínio da despótica dinastia dos Stuarts²⁸⁸. Neste sentido, não faz nada além do que projetar desenhos que já eram operáveis na realidade²⁸⁹, cujos tracejados precedentes podiam ser percebidos em Grócio²⁹⁰. E, como a história não se faz por saltos, mas por aprendizagem, se este ponto de partida rudimentar não tivesse sido esboçado,

²⁸³ Cf. Giorgio Del Vecchio, *Evolução...*, pp. 9-45.

²⁸⁴ Enquanto que para Savigny a “(...) a jurisprudência, [em] muitos aspectos não pode ser [compreendida] sem um certo conhecimento histórico prévio” (cf. *Metodologia Jurídica*, trad. por Hebe A. M. Caletti Marengo, Campinas, 2004, p. 28), para Gadamer esse método não passaria de uma ingenuidade (cf. *Verdade e Método – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, vol. I, 15ª ed., trad. por Enio Paulo Giachini, Petrópolis, 2015, p. 396).

²⁸⁵ Cf. Miguel Reale, “O Legado de Hobbes à Filosofia dos Direito e do Estado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 74, São Paulo, 1979, pp. 57-62.

²⁸⁶ Cf. J. B. Schneewind, *A Invenção...*, p. 85.

²⁸⁷ Cf. Max Scheler, *Da Reviravolta...*, pp. 149.

²⁸⁸ Guardada as proporções, compreende-se porque o primeiro constitucionalista brasileiro, o Conselheiro José Maria de Avellar Brotero, português que chegara ao Brasil do Império no século XVII, embora diante de uma Constituição que foi beber suas energias no Iluminismo francês, entende o Legislativo como mero consultor do Executivo e o Judiciário um adereço que serviria de ponto de partida de distribuição da justiça (cf. *A Filosofia do Direito Constitucional*, trad. por José Afonso da Silva, São Paulo, 2007, pp. 44 e 57-59), algo próximo ao que se presenciou na Inglaterra nos séculos XV e XVI entre a *common law* e *equity* (cf. René David, *Os Grandes...*, pp. 388 ss.), afinal, vivíamos no regime imperial.

²⁸⁹ Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 10ª ed., São Paulo, 2011, p. 40.

²⁹⁰ Cf. John M. Kelly, *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*, trad. por Marylene Pinto Michael, São Paulo, 2010, p. 277.

é difícil imaginar em que base os ajustes posteriores teriam sido realizados por Locke e Rousseau, ou até mesmo nas tentativas modernas de superação, como em Rawls²⁹¹. Não é outra coisa que se observa quando Miguel Reale enxerga no arquétipo de Hobbes o ponto de partida do pensamento jurídico de Austin e Kelsen e, se muitos veem nele uma licença ao autoritarismo, isso só se deu por abuso de futuros intérpretes²⁹², até porque haveria possibilidades de desenvolvimento num sentido diverso, como nos prova Jorge Pereira da Silva ao enxergá-lo na base da doutrina dos deveres de proteção²⁹³, outrora sistematizado por Canaris²⁹⁴.

Nessa esteira, no aspecto epistemológico o *Leviatã* significa, dentro da busca da validação normativa, a migração da deidade ao racional. Mas foi somente tempos depois, com Léon Duguit (1859-1928), que se fez possível enxergar com mais acuidade como a historicidade agia nesse processo evolutivo. Ao negar a premissa de que o “(...) direito deve ser sempre o mesmo em todos os tempos, em todas as nações e em todos os povos,”²⁹⁵ vê-se aqui que o roteiro positivista não demoraria a entrar em exaustão, pois, o homem vive numa organicidade mutável,²⁹⁶ cenário que deve ditar o compasso de evolução sistêmica. Assim, se muitos já perceberam a necessidade de uma abertura sistêmica²⁹⁷, visto que os marcos fixos de validação pareciam não cumprir adequadamente sua proposta de partida, o problema seria como fazê-lo, pois a pedra de torque desse novo formato deveria superar o império da subjetividade²⁹⁸. Várias foram as linhas propositivas. Karl Engisch pugnou a existência de um direito “supralegal”, que permitiria ao juiz ir até mesmo *contra legem*²⁹⁹. Por sua vez, Karl Larenz chegou a mencionar um modelo que admitisse atuações *extra legem*, desde que *intra jus*³⁰⁰. Helmut Coing, mais pretensioso, intenciona fazer os valores corresponder com a

²⁹¹ Cf. John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, trad. por Jussara Simões, 4ª ed., São Paulo, 2016, p. 3.

²⁹² Cf. Miguel Reale, “O Legado...”, p. 62.

²⁹³ Cf. Jorge Pereira da Silva, *Deveres...*, pp. 45 ss.

²⁹⁴ V. *infra*, nº 17.

²⁹⁵ Cf. Léon Duguit, *Fundamentos do Direito*, trad. por Márcio Pugliesi, 3ª ed., São Paulo, 2009, p. 20.

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 35 ss.

²⁹⁷ Cf. Antônio Enrique Pérez Luño, *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*, trad. por José Luis Bolzan de Moraes/Valéria Ribas do Nascimento, Porto Alegre, 2012, pp. 15-34; Joseph Raz, *O Conceito de Sistema Jurídico. Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*, trad. por Maria Cecília Almeida, São Paulo, 2012, p. 3; Francisco Balaguer Callejón, *A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico*, trad. por Paulo Roberto Ramos, São Paulo, 2014, p. 27.

²⁹⁸ Cf. Reinhold Zippelius, *Introdução...*, p. 43.

²⁹⁹ Cf. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. por J. Batista Machado, 11ª ed., Lisboa, 2014, pp. 326-327.

³⁰⁰ Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. por José Lamego, 7ª ed., Lisboa, 2014, pp. 586-588.

norma hipotética fundamental de Kelsen³⁰¹. Contudo, todas essas propostas de abertura não trouxeram consigo as limitações epistemológicas para evitar aquilo que Posner veio a denominar de “czares ignorantes” ao se referir ao grande poder dos juízes norte-americanos na atual quadra da *common law*³⁰².

Apesar de ser um ferrenho crítico da ordem objetiva axiológica³⁰³, Canaris faz uma leitura dinâmica dos sistemas que muito nos interessa por descortinar uma ideia geral de como o sistema poderia forçar sua abertura. Diferindo de Coing, o qual entende que os valores seriam coincidentes com a norma hipotética fundamental, compreende que o elemento axiológico corresponderia ao substrato que, vertidos na roupagem de princípios, concatenaria o sistema jurídico³⁰⁴. Isto, de certo modo, aproxima-se dos princípios axiológicos fundamentais de Jorge Miranda³⁰⁵, ou mesmo dos princípios axiológico-jurídicos transcendentais de Castanheira Neves³⁰⁶ ou da noção de princípios gerais de direito de Del Vecchio³⁰⁷.

É de se registrar que muitos outros caminhos podem ser seguidos sem a necessidade do apoio da teoria de valores. Friedrich Müller vê uma saída na releitura estruturante da norma jurídica. Nessa empresa, o *dever-ser* e o *ser* não precisariam ficar tão distantes. Pois, ambos os universos podem ser acomodados dentro da norma jurídica, precisamente nas dimensões “programa da norma” e o “âmbito da norma”. Com esse formato, o plano semântico dialogaria com o plano pragmático do discurso, revelando um *modus operandi* indutivo, de “baixo para cima”, tornando desnecessário qualquer dedutibilidade transcendente ao sistema³⁰⁸. O problema é que essa metódica não seria de toda segura, já que não constrange epistemologicamente seu operador, afinal, qual o limite dessa imbricação?

Seja como for, Canaris parte da pressuposição de que qualquer ordenamento jurídico não passaria de um projeto sistêmico³⁰⁹, cujas atualizações, operáveis por meio dos princípios, careceriam de um novo desenvolvimento dogmático,³¹⁰ pois o *dever* tem potencial para

³⁰¹ Cf. Mario G. Losano, *Sistema e Estrutura no Direito*, vol. 2: *O Século XX*, trad. por Luca Lamberti, São Paulo, 2010, p. 316.

³⁰² Cf. Richard A. Posner, *A Problemática...*, p. 311.

³⁰³ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos...*, pp. 48-50.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 76-77.

³⁰⁵ Cf. Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2015, pp. 299-306.

³⁰⁶ Cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, pp. 155 ss.

³⁰⁷ Cf. Giorgio Del Vecchio, “Princípios Gerais de Direito”, trad. por Antônio Pinto de Carvalho, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 5, São Paulo, 1965, pp. 7-80.

³⁰⁸ Cf. Friedrich Müller, *O Novo...*, p. 11.

³⁰⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento...*, p. 106.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 103.

moldar essa estrutura³¹¹. Neste ponto, Canaris deixa de inserir respostas claras. Ao lado de imputar ao processo legislativo tal abertura, o que coincide com a abertura sistêmica de Luhmann, não torna a operação mais segura, já que se limita a dizer que essa fissura deve ser operada por meio dos princípios³¹².

Castanheira Neves parece conseguir superar essas deficiências ao presumir, tal qual Canaris, que o sistema sempre se reconstrói. Mas vai além ao perceber o funcionamento dessa plasticidade estrutural, ou seja, compreende que a mudança das estruturas ocorreria em razão da dialética entre o sistema e o problema³¹³, o que de certo modo ajusta-se à comunicação pragmática escondida por detrás da estrutura normativa de Müller. A diferença é que para Castanheira Neves os limites da juridicidade cria uma dinâmica evolutiva mais arrojada, já que se deixa levar não pela capacidade do sistema, mas pelos problemas que vão aparecendo³¹⁴. Contemporaneamente esse perfil plástico-problema foi referido por Coing na Alemanha³¹⁵, embora já tivesse sido tocado, com menos apuro, por Pound³¹⁶.

De todo modo, Castanheira Neves nota que para um sistema dialogar com os problemas três tipos de princípios seriam necessários. Em comum, deveriam ter como característica a função organização sistêmica para depurarem as relações, por vezes conflituosa, entre segurança e justiça³¹⁷, chegando-se mesmo a admitir posições *contra legem*³¹⁸. Uma primeira categoria de princípios, denominada de normativos, seria composta pela *ratio iuris* auferida do próprio sistema, sendo formada do contexto histórico-dogmático³¹⁹. Ainda se teria aqueles chamados de transpositivos, guardando correspondência com as cláusulas gerais, em que se permite uma comunicação entre planos, como defendido por Dürig e, ainda que indiretamente, pela teoria tridimensional de Miguel Reale.

No entanto, a abertura do sistema seria feita pelo que denomina de princípios suprapositivos. Parece-nos que “a consciência jurídica geral”, referida por Castanheira Neves, autoriza que esse *ethos*, como fundamento último, possibilite que o julgador poste-se de forma supletiva ao legislado naqueles casos de omissões ou vácuos normativos não intencionais. O que não explica é de qual ética se está a falar. Mesmo que se admita uma evolução aos trabalhos de Canaris e de Müller, pois sua leitura pragmática do sistema jurídico

³¹¹ *Ibidem*, pp. 107-108.

³¹² *Ibidem*, pp. 118-119.

³¹³ Cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia...*, p. 155.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 229.

³¹⁵ Cf. Helmut Coing, *Elementos...*, p. 364.

³¹⁶ Cf. Roscoe Pound, *Justiça...*, pp. 3-31.

³¹⁷ Cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia...*, pp. 190-192.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 192.

³¹⁹ *Ibidem*, pp. 155 e 189 ss.

não se desprende da marcha evolutiva, não deixa de expurgar problemas que podem decorrer de uma etnografia orgânico-histórica. Essa é uma problemática testemunhada por Apel, que se por um lado verifica que a tecnologia teria rompido fronteiras neste quartel da humanidade, a teoria moral ainda patina para avançar. Até porque a ideia de uma moral universal, como resposta à moral etnográfica, não deixa de ser uma utopia³²⁰, percepção que Murgueza parece ter ao se debruçar sobre a evolução dos direitos humanos³²¹.

5.2.1. Indicativos para a superação dos problemas correlacionados à abertura sistêmica

Para superar tais deficiências alguma luz se verifica dos estudos de Santi Romano (1875-1947) e Immanuel Kant (1724-1804), embora tidos como poucos credenciados pela atualidade, senão como objeto de interesse pela antropologia jurídica. Provavelmente por ter sido o primeiro a tocar nesse plano investigativo, muitas ideias de Romano caíram no esquecimento. Contudo, não é despropositado que mesmo sem o rigor técnico da atualidade, precedeu Canaris ao intuir que o sistema deveria ser compreendido como uma “(...) força que [é maior que a somatória das] normas individuais (...) e independentemente também da vontade do legislador que as animou”³²², como se existisse um substrato que conectasse todo o sistema. Convertida à epistemologia, esse substrato corresponderia aos princípios constitucionais de José Afonso da Silva³²³, que os associa ao *summum genus* de Irving Copi³²⁴ e, por que não, figura próxima ao primeiro princípio ou premissa primária mencionada no raciocínio silogístico por Aristóteles em *Analíticos Posteriores* da obra *Órganon*³²⁵. Figura com similitudes aos valores universais de Joseph Raz³²⁶ e a argumentação *ad humanitatem* abordada por Perelman³²⁷. Dimensões que não nos priva de problemas, como já nos mostrou Elizabeth Anscombe³²⁸. A questão é que toda essa linhagem de pesquisadores não conceitua o que seria essa primeira premissa ou fundamentação de partida.

³²⁰ Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos...*, pp. 72-73.

³²¹ Cf. Javier Murgueza, “Cosmopolitismo y Derechos Humanos”, in *Ética e Globalización: Cosmopolitismo, Responsabilidade y diferencia en un Mundo Global*, Vicente Serrano Marín (org.), Madrid, 2004, pp. 11-12.

³²² Cf. Santi Romano, *O Ordenamento Jurídico*, trad. por Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis, 2008, p. 68.

³²³ Cf. José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, 2014, pp. 639-641.

³²⁴ Cf. Irving M. Copi, *Introdução à Lógica*, trad. por Álvaro Cabral, 2ª ed., São Paulo, 1978, p. 129.

³²⁵ Cf. Aristóteles, *Órganon...*, pp. 254-255.

³²⁶ Cf. Joseph Raz, *Valor, Respeito e Apego*, trad. Vadim Nikitin, São Paulo, 2004, pp. 39-72.

³²⁷ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação Jurídica: A Nova Retórica*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 3ª ed., São Paulo, 2014, p. 125.

³²⁸ Cf. G. E. M. Anscombe, “Filosofia Moral Moderna”, in *Conceptos Éticos Fundamentales*, trad. por Laura E. Manríquez, Ciudad de México, 2006 (disponível online).

Seja como for, cabe salientar que, de certo modo, Romano revisita algumas ideias de Cícero que, séculos antes, havia notado que a fundamentação do direito civil deveria ser buscada numa racionalidade orgânica dinamizada na natureza, o que certamente nos levaria a perceber a distinção entre justiça e direito³²⁹. Talvez sejamos pretensiosos para fazer ajustes temporais e substituir aquilo que Cícero denominou por natureza como um sistema moral que permeia os homens e é construído independentemente das fronteiras³³⁰. De todo modo, são estas as ideias que parecem ecoar no modelo sistêmico de Romano, para quem só é possível falar num *eu* social se uma arquitetura do direito assim o permitir³³¹. Pois, em razão da artificialidade do contrato social, Romano não enxerga com assombros o fato de sistemas jurídicos distintos viverem se relacionando e não raro contribuindo, cada qual, com a modificação do outro³³².

Kant investe nessa mesma direção, embora por um olhar filosófico. Com a publicação de *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita* em 1784, três anos depois do libelo ao empirismo de Hume³³³, antecipa aquilo que Jorge Miranda sublinha como a “comunicação entre culturas constitucionais” e “tendências de integração supranacional”³³⁴, numa espécie de agregação de vários subsistemas, numa contramarcha ao isolamento dos sistemas nos projetos dos Estados-nações (Fig. 6). Kant vai mais longe e sinaliza como essa aproximação estrutural e operativa deveria ocorrer, ou seja, numa constante evolução e aperfeiçoamento³³⁵. Ideias que ganham contornos em *Para a Paz Perpétua*, de 1795, quando compreende que a configuração dos Estados-nações seria apenas um arranjo circunstancial reclamado pelo estágio histórico. E, mesmo privado do acervo linguístico adequado, é possível aqui um redesenhar do mundo dentro daquilo que se compreende como rede (Fig. 07)³³⁶.

³²⁹ Cf. M. Túlio Cícero, *Das Leis...*, p. 44.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 40-44.

³³¹ Cf. Santi Romano, *O Ordenamento...*, p. 72.

³³² *Ibidem*, pp. 192 ss.

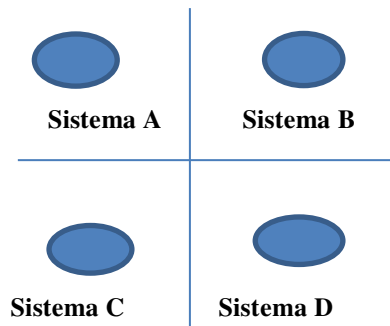
³³³ V. *infra*, nº 48.

³³⁴ Cf. Jorge Miranda, *Teoria...*, p. 191.

³³⁵ Cf. Immanuel Kant, *Ideia...*, p. 5.

³³⁶ Cf. Immanuel Kant, *Para a Paz...*, p. 82.

Figura 6 – Relações de sistemas: visão clássica



Reconhece-se que esse arranjo de cooperação e comunidade em rede tem despertado o interesse de várias correntes de juristas. Mas como muitos não percebem a necessidade de recalibrar o padrão de raciocínio do operador do direito, não consegue avançar das proposições heurísticas da dogmática, tendo mais possibilidade de concretude no campo da ciência política. Gunther Teubner reconhece que um projeto de constitucionalismo sem fronteiras não necessitaria sequer retornar às configurações do direito natural³³⁷, até porque, como nos lembrou Leo Strauss, remeter o direito ao escaninho do direito natural seria senão incorrer em reducionismos injustificados de uma historiografia jurídica bem mais complexa³³⁸. Mas Teubner não deixa de ter dificuldades quando tenta desvencilhar de cumes de validação universal na tentativa de recuperar a tese estoica de equilíbrio funcional-sistêmico no caminho de um constitucionalismo holístico heterárquico e não hierárquico³³⁹.

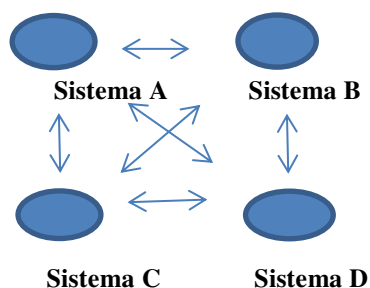
Acredita-se que a grande dificuldade desses avanços provém do fato de ainda não se conseguir afastar do padrão de raciocínio patrocinado pela arquitetura do contratual social, que como já vimos, é causalista. No plano da teoria do conhecimento seria atestar a dificuldade de migrar das razões práticas de Whitehead para as razões especulativas.

³³⁷ Cf. Gunther Teubner, *Fragmentos...*, pp. 226 ss.

³³⁸ V. *infra*, nº 24.

³³⁹ Cf. Gunther Teubner, *Fragmentos...*, pp. 271 ss.

Figura 7 – Relações entre sistemas: comunicação em rede



De todo modo, já podemos assimilar que as razões do direito podem ser encontradas a partir do momento em que a noção clássica ou usual de sistema encontrar outra maior, algo que seria composto por uma metacultura que estoca nossa aprendizagem como humanidade. Portanto, todos os sistemas jurídicos, ainda que em graus variados, relacionam-se e aprendem e, isso, contudo, não significa a abolição dos Estados³⁴⁰. Haveria assim uma aprendizagem sistêmica sobrevoando os diversos sistemas jurídicos, onde cada sistema jurídico individual ao mesmo tempo aprende e ensina. Embora com essa posição se compreenda que conceitos como justo e justiça passem a ser relativos, haveria algo que já pertenceria ao patrimônio evolutivo da humanidade, cuja força seria ao mesmo tempo de agregação e empuxo. Esse tipo de abordagem, destoante da estrutura atomística e dedutível da forma como se realizam os direitos humanos no Ocidente³⁴¹, aproximar-nos-ia, o que por si já nos coloca diante de uma nova forma sistêmica de epistemologia, pouco afim à dogmática ocidental, com algo que combina “holística/dialética”³⁴².

5.2.2. Razões do direito: perspectiva dinâmica e sobressistêmica

Essa construção do justo sobressistêmico, por ser dinâmico e adaptativo às diversas realidades espalhadas pelo globo, tem a vantagem de superar o trilema Münchhausen sem precisar recorrer da utopia favorecida pelas noções imutáveis que, de um modo ou outro, reportam-nos ao conceito platônico de ideal. Havendo tal substrato, que se atualiza e aprende, projetando força de empuxo nos diversos subsistemas jurídicos espalhados pelo globo, fica mais palatável projetar a construção de uma dogmática onde os princípios fundamentais

³⁴⁰ Cf. Celso Fernandes Campilongo, *O Direito...*, p. 118.

³⁴¹ Cf. Johan Galtung, *Direitos...*, pp. 26-27.

³⁴² *Ibidem*, pp. 26-27.

teriam a função de promover a interface entre essa metacultura, reflexiva dos erros humanos e cujas lições passam a ser comungadas por todos, com as particularidades do programa constitucional de cada Estado-nação.

Não nos afastaríamos muito do flerte ao plano pragmático da linguagem realizado por Müller ou Castanheira Neves, com a diferença de que essa perspectiva sistêmica, a ser convertida de forma mais clara à dogmática, não tolheria o desenvolvimento social de cada sistema jurídico singularizado, evitando-se o descolamento entre o direito e a realidade, fenômeno já testemunhado por Coing³⁴³. Uma proposta de tal jaez coloca os princípios fundamentais como ferramental cibernético dinâmico com a tarefa de aproximar os diversos contratos sociais dessa metacultura. Temática cujos contornos serão clarificados no Capítulo V, o crucial, por ora, é que compreendamos que uma das maneiras de se entender essa metacultura é tê-la como representativa do estoque de ruídos que foram captados por todos os sistemas e que passam a servir como plano de modulação das futuras ações humanas.

É importante que saibamos que se os princípios fundamentais outrora foram captados pela historiografia política no intuito de se verem convertidos à categoria dos direitos fundamentais, o que se percebe na atualidade, em especial nos países em desenvolvimento, essa estanqueidade procura recuperar seu compasso dinâmico pela associação ao princípio da dignidade, até porque estaríamos diante do núcleo basal que subjaz a categoria, mas nela não se resume.

Mas o fenômeno não pode ser simplificado, como muitos insistem. O que não compreendem é que essas engrenagens cibernéticas dos princípios fundamentais, com mais clareza, já nos são reveladas por alguns dos desenvolvimentos ensaiados na *common law*. E se isso não despertada a atenção dos juristas oriundos da *civil law*, como o juiz da Corte Constitucional brasileira, Luís Roberto Barroso, isso acontece porque se agarram em compreender o princípio da dignidade com a lente patrocínada por sua formação intelectual. Portanto, não se estranha quando se contentam em festejar ao visualizar expressões desse princípio, mesmo que episodicamente, em sistemas que não contemplam essa categoria normativa³⁴⁴, muito embora, com isso, acabem deixando escapar o ângulo mais importante do fenômeno.

De fato, por trás da categoria, encontra-se uma cadência dinâmica que não podemos nos furtar de investigar, até porque não é tão óbvia como se supõe. Basta ver que o princípio

³⁴³ Cf. Helmut Coing, *Elementos...*, pp. 240-241.

³⁴⁴ Cf. Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*, Belo Horizonte, 2012, pp. 40-41.

da dignidade, mesmo sendo introduzido em períodos quase coincidentes na Constituição italiana de 1948 e na Lei Fundamental de Bonn de 1949, tiveram seus contornos revelados de modo diferente pelos juristas, fato justificado em razão das diferentes contingências as quais estava submetido³⁴⁵. Não podemos simplesmente liminarmos-nos em justapor as famílias da *civil law* e da *common law*, ou mesmo fazer aproximações menos despretensiosas, como assim realizada Mauro Cappelletti³⁴⁶, que reconhece que a família romanística do direito reclama a sensibilização de mecanismos que se conectem com o dinamismo da vida moderna. O fato incontestado é que existe um movimento de aproximação entre os diversos sistemas jurídicos do mundo, não deixando de ser significativo que no editorial do volume nº 129 da *Harvard Law Review* já note um movimento similar inclusive no direito que vem sendo praticado na China³⁴⁷.

Mas mesmo seguindo por esse caminho, a conexão entre os diversos contratos sociais dispersos no mundo e essa metacultura, como já dito, representativa do estoque de aprendizagem, não consegue ser estabelecida. Os que se propõem a investir na elaboração de projetos de continuísmos do contrato social logo se depararam com o problema de se transpor o *status quo* à fase do ideal, como Habermas e Rawls. Os que se dedicam ao plano macro, algo que tangencie esse aspecto metacultural, como o constitucionalismo multinível de Ingolf Pernice ou a interconstitucionalidade de Canotilho³⁴⁸, não conseguem vislumbrar como esse movimento poderia redundar num constitucionalismo global³⁴⁹. Por mais que Peter Häberle, por meio de seu Estado Constitucional Cooperativo, procure demonstrar a característica irrefreável do fenômeno³⁵⁰, Ana Maria Guerra Martins e Miguel Prata Roque, ao partirem dos julgados proferidos pelo Tribunal Constitucional Português, testemunham que há algo a tornar o passo seguinte difícil de ser suplantado³⁵¹. É nesse contexto que os princípios fundamentais

³⁴⁵ Cf. Paolo Becchi, *O Princípio da Dignidade Humana*, trad. por Ubenai Lacerda, Aparecida, 2013, pp. 24 ss.

³⁴⁶ Cf. Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, 1993, pp. 111 ss.

³⁴⁷ Cf. o editorial “Chinese Common Law? Guiding Cases and Justicial Reform”, in *Harvard Law Review*, vol. 129, jun.2016, pp. 2213-2234 (disponível *online*).

³⁴⁸ Cf. Ingolf Pernice, “La Dimensión Global del Constitucionalismo Multinivel: Una Respuesta Legal a los Desafíos de la Globalización”, in *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, Madrid, 2012 (disponível *online*).

³⁴⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 2008, p. 266.

³⁵⁰ Cf. Peter Häberle, *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. por Marcos Augustos Maliska e Elisete Anotniuk, Rio de Janeiro, 2007.

³⁵¹ Cf. Ana Maria Guerra Martins/Miguel Prata Roque, “A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais: A Posição do Tribunal Constitucional Português”, in *Relatório da Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português*, Santiago de Compostela, 2014 (disponível *online*).

surgem como mecanismo alternativo que viabiliza a aprendizagem e a coordenação entre sistemas.

5.2.2.1. Razões do direito: a dinâmica caótica da modernidade

Um projeto que pretende dispor um conceito dinâmico suprassistêmico como razões do direito, só poderá vislumbrar algum êxito se conviver com a fenomenologia entrópica. A fim de que possamos compreender o que isso significa, temática que também perfaz o jargão da cibernética e alude a aparência de desordem e caos³⁵², não podemos mais desconsiderar o fato de que o mundo vem se reinventando a cada minuto pelo patrocínio de suas “autoestradas de informação”³⁵³, trazendo à superfície um fenômeno novo; uma aldeia global que favorece a coexistência de um multiculturalismo que antes somente subsistiam no anonimato³⁵⁴. Hoje o próprio conceito de risco, que teima em não respeitar as linhas demarcatórias dos Estados-nações³⁵⁵, coloca-nos a refletir como se estivéssemos todos, cada qual com suas diferenças, dentro de uma grande aldeia fraternal. Não que o direito, ante a modernidade, não venha fazendo seus ajustes em tais cenários, como o surgimento de figuras como a dos crimes abstratos³⁵⁶, princípios como o da precaução no direito ambiental, ou teorias como a da imputação objetiva de Günther Jakobs³⁵⁷. Certamente uma revolução, se comparada com a preocupação original do direito romano, que se contentava com a reparação do dano patrimonial³⁵⁸.

Não obstante, tudo isso ainda é pouco e pontual. Ainda precisamos explicar como o fenômeno que subjaz a locução sociedades entrópicas, ou quaisquer de suas variações designativas, devem repercutir nos desenvolvimentos dogmáticos. Por certo que não há como discordar de Luhmann que pressupôs a sociedade como sendo representativa de projetos de

³⁵² Cf. Norbert Weiner, *Cibernética e Sociedade. O uso humano de seres humanos*, trad. por José Paulo Paes, São Paulo, 1954, pp. 28 ss.

³⁵³ Cf. Zygmunt Bauman, *Tempos...*, p. 11.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

³⁵⁵ Cf. Anthony Giddens, *Mundo em Descontrole*, trad. por Maria Luiza X. de A. Borges, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2003, pp. 36-43; Ulrich Beck, *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra Modernidade*, trad. de Sebastião Nascimento, São Paulo, 2011; Pierpaolo Cruz Bottini, *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo, 2007.

³⁵⁶ Cf. Pierpaolo Cruz Bottini, *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo, 2007, p. 22.

³⁵⁷ Cf. Günther Jakobs, *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, trad. por André Luís Callegari, trad. 3ª ed., São Paulo, 2010, pp. 38-39.

³⁵⁸ Cf. Michel Villey, *Direito Romano*, trad. por Fernando Couto, Porto, 1991, p. 39.

comunicação³⁵⁹ que se vislumbra da perspectiva sistêmica³⁶⁰. Acontece que essa facilidade conceitual não nos basta, já que se fragiliza quando precisa absorver a entropia ou a comunicação que têm a marca dos sinais contrários. Inconstâncias do processo comunicacional que Javier Murgueza testemunhou a partir da Guerra Civil Espanhola (1936-1939) ao perceber que a humanidade precisa aprender a absorver a valorização do dissenso³⁶¹. O interessante é que se Scheler vê perigo no refluxo desses dissensos históricos³⁶², Murgueza admite que a construção do projeto da sociedade humana não pode desconsiderar esse arranjo, não sem motivos que, a partir dessas ilações, vê na proposta de Habermas uma irracionalidade³⁶³, afinal, este trabalha com um projeto de sociedade pronta e ideal, não nos mostrando o caminho a percorrer até lá.

Diante do exposto, sem prejuízo de aprofundamentos posteriores, podemos dizer que a sociedade entrópica corresponde a cada um dos sistemas sociais localizado no globo após ser submetido ao irrefreável tráfego de comunicação e valores. Diga-se irrefreável, pois, qualquer mecanismo de contenção artificial, ainda que conceda sobrevida ao *status quo*, não conseguirá por muito tempo bloquear o surgimento dos refluxos deletérios teorizados por Scheler. Logo, no mínimo soa estranho que doutrinas como a do direito penal do inimigo de Günther Jakobs tente se fundamentar em modelos que já perderam seus traços originais, como os de Hobbes e Rousseau³⁶⁴. Não mais podemos compreender a relação homem-contrato social como antigamente. Se se faz comum depositar em Henry David Thoreau (1817-1862) a origem do anarquismo, hoje podemos enxergá-lo sob outro olhar. Não chegamos a ponto de afirmar, como faz Celso Lafer, de que seus escritos revelariam a primeira geração dos direitos humanos³⁶⁵. Se Thoreau percebeu que o homem voluntariamente deixava-se levar por uma apatia moral egoística³⁶⁶, situação que era de toda cômoda ao *establishment*³⁶⁷, que outorgava uma espécie de liberdade onde a população não exigia do Estado a prestação de contas, pelo

³⁵⁹ Cf. Leonel Severo Rocha/André Rafael Weyermüller, "Comunicação Ecológica por Niklas Luhmann", in *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 19, jan./abr., 2014, pp. 234-235 (disponível online).

³⁶⁰ Cf. Niklas Luhmann, *Introdução à Teoria dos Sistemas*, trad. por Ana Cristina Arantes Nasser, 3ª ed., Petrópolis, 2011, p. 293.

³⁶¹ Cf. Javier Murgueza, "Cosmopolitismo...", p. 14.

³⁶² Cf. Max Scheler, *Da Reviravolta...*, pp. 130 ss.

³⁶³ Cf. Javier Murgueza, "Cosmopolitismo...", p. 28.

³⁶⁴ Cf. Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, trad. por André Luís Callegari/Nereu José Giacomolli, 2ª ed., Porto Alegre, 2007, pp. 25 ss.

³⁶⁵ Cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 1988, p. 277.

³⁶⁶ Cf. Henry David Thoreau, *A Desobediência Civil*, trad. por Sérgio Karam, Porto Alegre, 2014 p. 18.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 12-13.

menos até o momento em que surgiam os casos limites³⁶⁸, hoje essa situação de distanciamento não encontra mais espaço para subsistir. Dimensões como risco incrementado e externalidades negativas global, dissensos, liquidez das verdades, alta trafegabilidade comunicacional, axiológica e de experiências e sublimação de interesses minoritários são constantes que devem reverberar tanto na teoria política quanto na dogmática jurídica, já que tentem não só a reconfigurar nossa noção de sistema jurídico, como traz à lume nossa humanidade como fator que não pode ser dispensado pela modernidade.

6. Conclusões do capítulo

De tudo o que foi dito, propomo-nos reformular os institutos do seguinte modo:

Instituto	Como vem sendo interpretado	Como devemos interpretar
Pós-positivismo	Não há definição clara, não raro sendo coincido como uma nova fase do constitucionalismo.	Uma nova fase da epistemológica, cujos contornos irão ser tratados do correr no trabalho e podem ser associadas às pesquisas cibernéticas.
Teoria dos valores	Identificado como um padrão fixo e imutável. Idealidade que o homem procura descortinar do contexto em que se vive e hoje se vê vazada no princípio da dignidade humana.	Valores devem corresponder à incorporação constante da aprendizagem ao sistema jurídico, alterando constantemente seu ponto referencial epistemológico.
Teoria linguística	Os planos da semiótica são estudados separadamente. Regra geral, em especial nos países que praticam o positivismo, o operador do direito modula a força ilocucionária do signo (perfil semântico), na tentativa de interferir na realidade (perfil pragmático).	O plano semiótico deve ser interpretado de tal forma que o estoque de aprendizagem da humanidade passe a controlar o potencial ilocucionário dos comandos constitucionais que têm aptidão de serem funcionalizados pelos operadores do direito.
Sistema jurídico	Reduzível ao conceito clássico de ordenamento jurídico.	Corresponde ao estoque de aprendizagem reflexivo nos diversos sistemas jurídicos espalhados pelo globo. Outra forma seria entendê-lo como o substrato utilizado como as razões de justificação do direito.

³⁶⁸ Acreditamos que essa apatia moral estaria por trás do caso dos sentinelas do muro de Berlim, condenados em 1992. Para análise, Robert Alexy, “Derecho Injusto, Retroatividad y principio de legalidade penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin”, in *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 197-230 (disponível *online*).

CAPÍTULO II - TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO

1. Proposta do capítulo

Se hoje a associação entre as teorias da argumentação e do direito é quase automática e intuitiva, isso só ocorre porque ninguém nega que qualquer conceito de justo que se queira defender só terá algum êxito se antes se conseguir ajustá-lo aos padrões aceitos³⁶⁹. E isso, na Ciência do Direito, acontece mediante o cumprimento das etapas de validação racional oferecidas pela teoria da argumentação jurídica.

Apesar da origem da argumentação nos fazer retornar à Itália do período de 465 a.C.³⁷⁰, havendo registros antigos de que esse movimento também já era sentido na China entre os séculos IV e III a.C. entre os discípulos da Escola de Mozi³⁷¹, nessa fase embrionária essa teoria não pretendia ser nada além de uma “arte” jurídica, um *show* para o convencimento. Só algum tempo depois foi que Aristóteles, no intuito de racionalizar o pensamento, elevou a argumentação ao formato algorítmico, cuja função seria domesticar e validar o conhecimento que se projetava pela sua arquitetura. Como sabemos, essa função lógica não tarda a ser absorvida pelo direito. Da Roma “pragmática” e seus juízes não profissionais, que, no início, contavam com extensa margem de discricionariedade³⁷², aos poucos caminha para a fase em que as decisões judiciais seriam vinculadas aos jurisconsultos³⁷³, cenários embora muito distantes da *stare decisis*³⁷⁴, já mostravam indicativas do devir, não sendo por outro motivo que Canotilho tenha visto que estaríamos servindo de exemplo de um direito autopoietico, um direito que vai se reinventando³⁷⁵.

Seria deste momento que formas distintas de se compreender a argumentação jurídica surgiram. No continente, sofrendo influências da matriz helênica, seguiu-se em frente com poucas variações dessa lógica clássica. Somente mais tarde, no início do século XX, quando se apercebeu que conceitos, como justo e justiça, não conseguiam fluir tranquilamente por esses dutos racionais que se tentou impulsionar a argumentação para outro nível de

³⁶⁹ Cf. Jacques Derrida, *Força...*, p. 38.

³⁷⁰ Cf. Olivier Reboul, *Introdução à Retórica*, trad. por Ivone Castilho Benedetti, São Paulo, 2004, p. 4.

³⁷¹ Cf. Marcel Graner, *O Pensamento Chinês*, trad. por Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 265.

³⁷² Cf. José-Javier de Los Mozos-Touya, “O Juiz Romano na Época Clássica”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2010, pp. 57-77.

³⁷³ Cf. José Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, p. 128.

³⁷⁴ Cf. José-Javier de Los Mozos-Touya, “O Juiz...”, p. 74.

³⁷⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 2003, p. 1.386.

desenvolvimento³⁷⁶. Enquanto que na *common law* o movimento de validação do justo não veio como resultado inexorável da submissão dos conhecimentos ao algoritmo lógico. Por razões que somente podemos tributar à disputa de poder na Inglaterra do século XIV, cujo apoio popular se mostrava crucial ao rei em suas pendengas políticas, surge a *Court of Conscience*, que seria exercida pela *Court of Chancery*. Sua proposta era atuar de forma corretiva e supletiva³⁷⁷ às decisões proferidas pela *Court of Law*³⁷⁸, tribunal técnico que até então não distribuía a justiça e se encontrava fora do alcance régio. Radbruch esclarece que a autoridade do juiz, por ser representativa do *ethos* do povo, teria um peso maior do que a própria argumentação³⁷⁹. Formato que ganhou outro verniz ao ver-se transportado para os Estados Unidos, uma nação jovem que se formava e precisava dedicar seus esforços para lidar com toda a sorte de contingência e não podia se fiar nesses roteiros extremamente lógicos da argumentação. Posner chega ao ponto de afirmar que “(...) os idealizadores da Constituição procuraram projetar uma máquina estatal que pudesse ser operada por indivíduos moral e intelectualmente medíocres.”³⁸⁰

Como não podemos simplificar o fenômeno numa dicotomia, com René David se faz possível correlacionar a teoria da argumentação com uma vertente da teoria dos sistemas. Para este, enquanto nas famílias romano-germânicas a argumentação passa a ser funcionalizada dentro de um sistema fechado, privada de oxigenação evolutiva, na *common law* vigoraria mecanismos de abertura³⁸¹. Isso significa que cada uma dessas famílias projeta na teoria da argumentação razões/lógicas distintas para justificar o que se passaria a valorizar como justo ou justiça.

Embora estejamos acostumados a ver esses dois troncos jurídicos como excludentes, torna-se perigoso desconsiderar o fato de que partiram do mesmo ponto, como se estivéssemos diante dimensões inconciliáveis. Para encontrarmos e projetarmos esse novo perfil de razões ou justificação na dogmática jurídica, sinalizado no capítulo anterior, precisaremos compreender como cada um desses troncos desenvolveu sua lógica de justificação do raciocínio, como também, evidentemente, foi na mesma medida hábil para

³⁷⁶ Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2003, pp. 135-183.

³⁷⁷ Cf. R. C. Caenegem, “O Papel da Consciência do Juiz na História do Direito Inglês”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2010, p. 318.

³⁷⁸ Sobre o tema, cf. R. C. Caenegem, *Uma Introdução Histórica do direito privado...*, pp. 188 ss.; do mesmo autor, “O Papel da Consciência...”, p. 318.

³⁷⁹ Cf. Gustav Radbruch, *O Espírito...*, pp. 41-42.

³⁸⁰ Cf. Richard A. Posner, *Para Além do Direito*, trad. por Evandro Ferreira e Silva, São Paulo, 2009, p. 117.

³⁸¹ Cf. René David, *Os Grandes...*, pp. 410-411.

absorver e explorar erros como acertos que foram absorvidos pelos seus correlatos sistemas jurídicos. Ao investir por essa técnica de desconstrução para depois reconstruir se vê justificada, com certos temperamentos, em Jacques Derrida. De fato, para este, a força ilocucionária do direito somente tem conseguido acessar o justo na superfície. Afinal, reconhece que desde que a violência original foi rompida com a invenção do direito, padrões de justo, reagindo aos movimentos das contingências e da distribuição do poder, vêm se sobrepondo em camadas artificiais³⁸², cujo acesso, pelo menos nessas camadas superficiais, não pretere a argumentação jurídica. O interessante disso é que Derrida acredita que para que se localize uma expressão do verdadeiro conceito do justo, aquele que não seria artificial, que foi construído cada qual a seu modo pela *common law* e pela *civil law*, só poderá ser encontrado depois de se desconstruir todas as camadas de justificação surgidas para legitimar o justo³⁸³. Embora o referido autor consiga compreender e tangenciar a dinâmica evolutiva exposta por Scheler³⁸⁴, não consegue ir muito longe ao concluir que o juiz, supostamente limitado epistemologicamente pela lei, é quem deveria reinventar a cada caso o justo³⁸⁵.

Neste capítulo investigaremos como as diversas teorias da argumentação foram transportadas ao direito na tentativa de localizar e justificar esse justo. Como nossa abordagem é eminentemente lógica, nada melhor que partir dos escritos de Aristóteles, que de um modo ou outro, tem seus traços projetados nas modernas teorias de argumentação jurídica. Por fim, ao final de cada teoria investigada abriremos uma seção crítica com o propósito de deixar demarcado os pontos que precisarão ser trabalhados no Capítulo V.

2. Teoria da Argumentação em Aristóteles

Duas obras de Aristóteles são de extrema importância ao presente estudo. *Órganon*, desde sempre associada à origem da lógica clássica, tem o mérito de trazer noções como silogismo e raciocínios dedutivo e indutivo. Já em *Retórica*, os estudos de Aristóteles tomam rumo intersubjetivo, pois emprega esforços para saber como o raciocínio é utilizado para o convencimento.

³⁸² Cf. Jacques Derrida, *Força...*, pp. 24 ss.

³⁸³ *Ibidem*, pp. 36 ss.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 39-42.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 44.

2.1. Dimensão lógica-formal da argumentação

A obra *Órganon* compõe-se de seis estudos, que no seu conjunto são compreendidas como sendo o marco inaugural da lógica-formal já que, como dito anteriormente, prestam-se a introduzir regras que passam auxiliar a formação de um pensamento racional. Sobretudo nos interessa as investigações realizadas a partir dos *Analíticos Anteriores*, onde Aristóteles esclarece que a forma do correto pensar submete-se ao silogismo, mecanismo que ganha vida e se torna operável ao se juntar as *proposições*. Basicamente, esse formato de raciocínio estribar-se-ia em três conceitos-guias: (a) a *premissa*, que se apresenta como afirmação ou negação de algum predicado imputado ao sujeito³⁸⁶; (b) o *termo*, “aquilo em que a premissa se resolve, a saber, tanto o predicado quanto o sujeito, quer com a adição do verbo ser, quer com a remoção de não ser”³⁸⁷; e, (c), *silogismo*, o raciocínio que diante do apoio em certas e determinadas premissas, conduzem a uma conclusão³⁸⁸. Com isso, o raciocínio silogístico seria composto pela ligação de três premissas.

Segundo Aristóteles, se A predica todo B (premissa maior) e, B predicada todo C (premissa menor); conclui-se que A também predica C (conclusão)³⁸⁹, senão vejamos:

Premissa maior	Todo homem é bípede;
Premissa menor	João é homem;
Conclusão	Logo, João é bípede.

Logo, estando todos ligados pelo *termo médio* (predicado da premissa maior – bípede), essa forma de raciocínio é realizada ao vê-la também na conclusão (termo maior) e no sujeito (termo menor). Questão muito importante, e, sem dúvida, parece-nos ser a origem de todo mal que vai acompanhar a ciência do direito por muito tempo, é a afirmação de Aristóteles de que uma dessas premissas deverá sempre conter uma predicação universal³⁹⁰, pois, do contrário, ou não estaríamos diante de um verdadeiro silogismo, ou acabaríamos nos apoiando numa petição de princípio³⁹¹.

Aristóteles enfrenta essa questão no livro subsequente – *Analíticos Posteriores* – quando se debruça sobre a causa das proposições. No início do livro I pressupõe que toda a

³⁸⁶ Cf. Aristóteles, *Órganon...*, p. 112.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 112.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 116.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 163.

³⁹¹ *Ibidem*.

nossa instrução procede de um conhecimento preexistente³⁹². Segundo Aristóteles esses pré-conhecimentos poderiam ser de duas ordens. Haveria, assim, conhecimentos cognoscíveis que estão mais próximos de nós, como também haveria outros, bem mais distantes, que poderiam ser encarados como conceitos universais³⁹³. Desse modo, ao se argumentar a partir de primeiros princípios ou premissas primárias (*apodexis*), estaríamos partindo de conhecimentos que não tem nada que lhes anteceda³⁹⁴. Não deixa de ser curioso, contudo, que mesmo se prestando em desenvolver algoritmos para que o conhecimento flua, independente de qual seja ele, acaba partindo de pressuposições tais, como outrora, dentro do formato jurídico, associamos à norma hipotética fundamental de Kelsen ou, ainda, em presumir um conhecimento universal basal. Será aqui que a teoria de valores vai forçar passagem.

Esses conhecimentos, indemonstráveis que, por vezes, nominamos como *axioma*³⁹⁵, corresponderia aos primeiros princípios³⁹⁶. Diante deles, só caber-nos-ia agir de duas formas: pressupondo-os (hipótese) ou, superada a suposição, já a encararíamos como uma definição³⁹⁷ inconteste. Aristóteles admite que um problema seria como conhecer esses primeiros princípios, já que nos fala que essa cognição seria impossível, pois nos forçaria a recorrer ao infinito para sempre validar uma proposição em outra que lhe é anterior. Outros sustentam que mesmo se preteríssemos esse recurso ao infinito, ficaríamos presos dentro de um círculo vicioso. Como solução, compreende que o melhor a se fazer é investir na natureza das premissas utilizadas no silogismo, em especial no que toca ao atributo da predicação universal.

Poderíamos dizer que estaríamos diante de um primeiro princípio quando esse predicativo corresponder ao próprio sujeito. A título de exemplo, alude o fato dos pontos integrarem uma reta³⁹⁸, assim, esses “predicados *per se*” integrariam a natureza e a essência do sujeito³⁹⁹. Mas não podemos nos deixar cair em erro, já que essa predicação universal não necessariamente corresponde ao que geralmente é aceito como tal, mas aquilo que toca todo o

³⁹² *Ibidem*, p. 251.

³⁹³ *Ibidem*, p. 254.

³⁹⁴ *Ibidem*

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 255.

³⁹⁶ Por outras palavras, o que Aristóteles faz é investigar o que dá origem ao *termo médio* introduzido na premissa maior e ganha destaque em todas as sequências do raciocínio silogístico. Reconhece que esses conhecimentos prévios, que corresponde à causa de um fato, é algo de que já dispomos previamente (cf. *Órganon...*, p. 253), distinguindo-se dos demais conhecimentos por conter as seguintes características: são verdadeiras, primárias, imediatas e prévias à conclusão do silogismo (*ibidem*, pp. 253-254).

³⁹⁷ Cf. Aristóteles, *Órganon...*, p. 255.

³⁹⁸ *Ibidem*, pp. 258-259.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 260.

gênero que se predica⁴⁰⁰. Essa situação pode ser confirmada quando a conclusão do silogismo adquire a condição de estabilidade, eternizando-se no tempo⁴⁰¹.

No livro II do mesmo ensaio, mostra que ao questionarmos se algo existe, no fundo estamos perguntando se o termo médio estaria presente. E, se essa questão fosse superada, passaríamos a questão seguinte, que é saber o porquê, existindo, porta-se de tal forma. Dois exemplos são dados na formulação das seguintes perguntas: A lua existe? Se sim, ela entra em eclipse⁴⁰²? Esse reposicionamento ao termo médio leva-nos a outro nível de investigação quando Aristóteles constata que há casos em que o termo médio é apreendido pelos sentidos⁴⁰³, isso significa que para “(...) conhecer a essência de uma coisa é o mesmo que conhecer sua causa.”⁴⁰⁴ Tamanho o impacto dessa mecânica que tempos mais tarde Tomás de Aquino se propõe a provar a existência de Deus pelo uso do termo médio⁴⁰⁵, metódica que foi incorporado pelos operadores do direito.

Nesse aspecto, chega-se a um ponto relevante da obra de Aristóteles, afinal, não há como se demonstrar a essência da coisa ou sua definição, porquanto ela não se predica em nada, conquanto vale-se da predicação *per se*⁴⁰⁶. Mas isso não responde a questão de saber o que é essa essência ou substância. Nisso, sequer a indução poderá ajudar, pois, esse tipo de raciocínio só pode afirmar se é ou não, o que é bem diferente de se dizer como algo é definido⁴⁰⁷. Para Aristóteles, o conhecimento prévio seria adquirido pela percepção sensorial, conhecimento que formaria nossa memória e, como tal, não é sequer demonstrável cientificamente, pois está relacionada “(...) à esfera total dos fatos.”⁴⁰⁸

Já no ensaio seguinte – *Tópicos* – Aristóteles procura encarar o método cujas premissas se limitam em ser prováveis; capítulo investigativo que corresponde ao silogismo dialético. Com esse propósito, reconhece haver proximidade entre os silogismos e os argumentos. O que os torna diferente seria compreender que, enquanto estes teriam nas proposições sua origem, o silogismo utiliza das proposições para lidar com os problemas apresentados ao intelecto humano, sendo-lhe esse seu objeto. A proximidade entre eles estaria

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 264.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 268.

⁴⁰² *Ibidem*, pp. 313-314.

⁴⁰³ *Ibidem*, pp. 314-315.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 315.

⁴⁰⁵ Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, vol. 1, trad. por Aldo Vannucchi/Bernadinho Schreiber/*et. al.*, 3ª ed., São Paulo, 1999, p. 165.

⁴⁰⁶ Cf. Aristóteles, *Órganon...*, p. 316.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 321.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 344-345.

em perceber que podem ser compostos por quatro elementos: propriedade⁴⁰⁹, definição⁴¹⁰, gênero⁴¹¹ ou acidente⁴¹². Além disso, é-nos cara sua compreensão das proposições dialéticas, na medida em que reconhece que seu apoio provém do acerto da maioria⁴¹³, remetendo-nos às normas jurídicas oriundas da democracia formal. Também nos é interessante a sua abordagem do problema dialético. Esse surgiria quando opiniões contrárias as dos “sábios” ou a da maioria surgem⁴¹⁴ sob o formato de tese. Não qualquer oposição, mas aquela introduzida por alguém qualificado⁴¹⁵, e isso já nos coloca em dois prismas que serão trabalhados posteriormente, a democracia efetiva e a oposição das minorias.

De qualquer forma, para Aristóteles, os argumentos dialéticos podem ter dois formatos: o silogismo e a indução. Enquanto aquele parte de premissas gerais, esta, ao contrário, leva-nos, a partir das experiências singulares, à tentativa de localizar nesse empirismo substrato que nos permita partir para generalizações e daí localizar premissas universais⁴¹⁶. Como se vê, é um arremedo para encontrar tais premissas universais, mas é o que se tem, pelo menos o que nos é dado, provisoriamente, por nossas experiências.

De qualquer forma, sabe que num raciocínio ou noutro – dedutivo ou indutivo – muitas são as possibilidades para se eleger proposições, guardando similitude isomórfica com a ponderação de princípios, como veremos depois. Afinal, como existem termos que comportam várias significados, é preciso saber qual deles vai se empregar⁴¹⁷, tendo em vista que a consequência da polissemia é propiciar raciocínios equivocados⁴¹⁸. Chama atenção que já nesta época, antecipando a marca solipsista entoada por Karl-Otto Apel, Aristóteles admoesta que não se deve ceder à tentação de se eleger uma premissa cuja preferência pudesse ser filtrada pela subjetividade, pois inexistem critérios seguros de superioridade eletiva⁴¹⁹. O que é melhor: ser rico ou ser feliz? É evidente que só o prisma subjetivo pode responder. Assim, transportando-nos para atualidade: O que é ser justo? O que significa a dignidade humana?

⁴⁰⁹ Não revela a essência, mas predica a coisa. Assim, é da essência do homem aprender.

⁴¹⁰ É a essência de algo, ou seja, é da essência do homem amar.

⁴¹¹ É um predicado da categoria. Logo, podemos dizer que o homem, enquanto animam, tem características X e Y.

⁴¹² É aquilo que remanesce acidentalmente. Por exemplo, um homem pode usar óculos.

⁴¹³ Cf. Aristóteles, *Órganon...*, p. 357.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 359.

⁴¹⁵ *Ibidem*

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 360-361.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 364 ss.

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 370 e 438 ss.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 395.

É curioso que mesmo aqui se consiga enxergar sofisticados mecanismos típicos da cibernética social, como: (a) aquilo que for mais duradouro deve ser preferível ao que não é⁴²⁰; (b) “aquilo que é em si mesmo a causa do bem é mais elegível do que aquilo que é acidentalmente a causa (...)”⁴²¹; e, (c) “(...) aquilo que é em si mais belo, mais valioso e mais louvável, é mais elegível (...)”⁴²². Esse qualificativo social, que imprimiria uma marca bem diferente da cibernética mecanicista do século XX com os estudos de Ludwig Von Bertalanffy, Norbert Wiener e W. Ross Ashby, pode ser apreendido quando deixa claro que, na impossibilidade de escolher com segurança as proposições, a eleição não pode se desconectar das consequências e utilidades⁴²³, o que também se aproxima, como veremos mais tarde, do pragmatismo consequencialista.

2.2. Dimensão pragmática da argumentação

Na obra *Retórica*, Aristóteles se propõe a compreender como o discurso se tornaria adequado para persuadir o ouvinte. Mas não se trata de qualquer persuasão, pois o *estagirita* antes de tudo é um lógico, e isso significa que a retórica não se desvencilha dos raciocínios dedutivos e indutivos⁴²⁴. Com esse propósito, Aristóteles dissecou o fenômeno da argumentação em três planos; aquele que emite a mensagem (orador), a mensagem que viaja (conteúdo) e aquele que a recebe (ouvinte)⁴²⁵. Com base nessa leitura fracionada e estanque do fenômeno, percebe-se ser possível encontrar três tempos discursivos distintos. O discurso poderia ser voltado para efeitos futuros, e, por isso, mesmo típico da política (deliberativo) e cuja finalidade seria conduzir à felicidade. Ele também poderia ser voltado para o passado, o que seria típico do discurso judicial, na distribuição do justo. E, por fim, é possível que tenhamos ainda um discurso cujo tempo seja o presente (*Epidíctico*), cuja característica é agir com padrões morais (censura/elogio)⁴²⁶.

Aqui cabe mais uma pequena digressão. De fato, a questão do tempo do discurso autoriza-nos a fazer uma associação interessante sob o prisma das justiça corretiva e

⁴²⁰ *Ibidem*

⁴²¹ *Ibidem*, p. 396.

⁴²² *Ibidem*, p. 398.

⁴²³ *Ibidem*

⁴²⁴ Cf. Aristóteles, *Retórica*, trad. por Manuel Alexandre Júnior/Paulo Farmhouse Alberto/Abel do Nascimento Pena, São Paulo, 2015, pp. 62-65.

⁴²⁵ *Ibidem*, pp. 68-69.

⁴²⁶ *Ibidem*, pp. 69 ss.

distributiva de Aristóteles, verificadas no livro V de *Ética a Nicômaco*⁴²⁷. De fato, enquanto a justiça distributiva será exercitável no tempo futuro, não seria de todo errôneo, então, dizer que a justiça corretiva teria seus efeitos passados, na medida em que visa restaurar uma situação passada, vilipendiada. Sob certo ângulo, também não se afiguraria equivocado sustentar que a argumentação neoconstitucional, na suposta deficiência da política, outorga ao judiciário a função supletiva de realizar a justiça distributiva.

De todo modo, para Aristóteles, os efeitos de convencimento, ao lado das provas inartísticas – já existentes e que não dependem de produção (documentos e testemunhos, p. ex.) –, tem destaque no que denomina como provas artísticas, cujo potencial persuasivo está naquele que argumenta⁴²⁸. Essa relação entre o orador e o auditório pode se apoiar em características pessoais do orador, no perfil do auditório ou mesmo no aspecto do conteúdo do discurso (verossímil ou verdadeiro)⁴²⁹.

Embora a obra *Retórica* não se esgote por aqui, o que nos importa, sob o prisma do direito, é perceber o trato que Aristóteles dá a dimensão pragmática da argumentação, o que será buscado por autores como Perelman.

3. Teoria da Argumentação de Theodor Viehweg

Tendo o direito, pelo menos do plano da organização, o seu ponto máximo em Kelsen⁴³⁰, coube a Viehweg (1907-1988) fazer-lhe o contraponto na tentativa de aproximar a arquitetura do direito com o justo⁴³¹, já que tarefas como a sistematização não necessariamente dispensa investigação para aspectos de conteúdo. Sua proposta era encontrar uma alternativa para retirar-se do formato hermético do raciocínio. Munido dessa intenção, vê na arte retórica uma saída, afinal, o olhar para o mundo já se mostrava uma dimensão valorizada pelos seus cultores⁴³², enquanto que o pensar sistêmico⁴³³, típico da Ciência do

⁴²⁷ Cf. Aristóteles, *Ética*..., pp. 94-118.

⁴²⁸ Cf. Aristóteles, *Retórica*..., pp. 62-63.

⁴²⁹ Neste último caso, esse conteúdo do discurso é inferido por dois métodos: pela *indução* e pelo *entinema*, que é uma variação de um silogismo (cf. Aristóteles, *Retórica*..., p. 64). A *indução* relaciona-se com o argumento que provém do exemplo (v.g. fatos anteriores, como parábolas e fábulas) (*ibidem*, pp. 163-164). O que diferencia o *entinema* do silogismo é que este, por se tratar de um raciocínio muito formal, tende a não ser acompanhado pelos ouvintes. Assim, a cadeia de raciocínio do *entinema* não é tão extensa (*ibidem*, pp. 159 ss.).

⁴³⁰ Cf. Thomas da Rosa de Bustamante, “Tópica e Argumentação Jurídica”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 163, jul./set.2004, p. 154.

⁴³¹ Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica*..., p. 135.

⁴³² Cf. Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência: Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-científicos*, trad. por Kelly Susane Alflen da Silva, Porto Alegre, 2008, pp. 110-111.

⁴³³ Crítica rebatida por Canaris, cf. *Pensamento*..., pp. 243 ss.

Direito, acabava sobrevalorizando o aspecto sintático da linguagem jurídica, o que se mostra um equívoco⁴³⁴.

3.1. *Desenvolvimento teórico*

Pode-se dizer que a obra de Viehweg apoia-se nos estudos de Aristóteles, Cícero e Vico, tendo estes dois últimos fornecido o cabedal necessário para se irromper com a lógica formalista de Aristóteles. Mesmo reconhecendo que este tenha realizado estudos de natureza dialética (juízos de probabilidade) ou apodítica (juízos de certeza)⁴³⁵, vê que essas dimensões não se distinguem ante o aspecto formal do silogismo⁴³⁶. Logo, não era de se estranhar que a tópica que mais lhe chama atenção é aquela elaborada por Cícero, trezentos anos depois. De fato, percebe que na tópica de Cícero a jurisprudência ganha relevo, e isso tem uma razão de ser, pois o direito romano era um direito de eficiência, que se adaptava às circunstâncias.

Viehweg, mesmo considerando a tópica de Cícero inferior⁴³⁷, reconhece existir nesta vantagens que melhor se ajustam ao tempo do direito moderno. Como se pode observar nos diálogos travados em *Das Leis*, o fato de Cícero ter sido influenciado pela escola estoica, com preocupações que ultrapassam o formalismo, interessa-o. Viehweg se atia quando percebe que o engessado modelo aristotélico aufere eficiência com o jurista romano. Por meio de seus *topoi*, que podemos entender como sendo aqueles valores culturalmente testados e aceitos numa dada sociedade⁴³⁸, o direito aproxima-se não só da eficiência como também do plano do justo⁴³⁹.

O salto evolutivo de Viehweg foi inverter a técnica do pensamento, que agora passa a ser orientada do problema ao encontro das soluções organizadas dentro de um cabedal elástico de possibilidades⁴⁴⁰, metódica cujos ensaios já haviam sido iniciados por Matheus Gribaldus Mopha e E. R. Curtis, na Idade Média⁴⁴¹. Ao se pensar problematicamente, os *topoi* permitem que o intérprete realize “tal jogo de ponderação”,⁴⁴² abrindo o sistema de seu hermetismo. Com esse descerramento, se até então pouco era o potencial das premissas em estoque,

⁴³⁴ Cf. Theodor Viehweg, *Tópica...*, p. 111.

⁴³⁵ Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica...*, p. 137.

⁴³⁶ Cf. Theodor Viehweg, *Tópica...*, p. 24.

⁴³⁷ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁴³⁸ Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica...*, p. 138.

⁴³⁹ Cf. Theodor Viehweg, *Tópica...*, pp. 28-30.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 34.

daquilo que Aristóteles denominou de primeiros princípios⁴⁴³, o direito teria possibilidade de se ajustar as mudanças frequentes da sociedade, já que esses *topoi* teriam características como mutabilidade, até porque a validação dessas premissas fundamentais seriam legitimadas pelos falantes no processo dialógico⁴⁴⁴.

3.1.1. Particularidades do raciocínio tópico

No capítulo 5º de sua obra – *Tópica e Mos Italicus* – Viehweg intenta demonstrar que a forma de pensar tópica já se fazia sentir na Baixa Idade Média. Sugere que tanto os Glosadores de Bolonha, quando aqueles que os sucederam, os Comentaristas, já estariam familiarizados com esse formato de pensar⁴⁴⁵. Uma forma de se interpretar as críticas que se fizeram acerca da falta de sistematização dos Comentaristas é que essa desorganização seria a tradução de uma forma de pensar tópica⁴⁴⁶. Assim, pretender aproximar a metódica de organização da escolástica teológica com a produção de estudos da jurisprudência seria um equívoco⁴⁴⁷.

Viehweg acredita que o raciocínio tópico pode se realizar de duas formas: (a) para resolver textos contraditórios; e, (b) para estabelecer relações entre textos distintos⁴⁴⁸. E não poderia ser diferente, afinal, “sem interpretação não há jurisprudência.”⁴⁴⁹ Assim, excetuando-se aqueles casos de subordinação à autoridade, em que não haveria dúvidas no tocante à vocação do texto normativo, o raciocínio tópico deve ser operado naquilo que Platão entende como dialética – por meio de erros e tentativas⁴⁵⁰. Como admite que esse resultado somente se valida pela aceitação do interlocutor, essas distinções não podem ser oriundas de um sistema dedutivo, pois pertence à *ars inveniendi*⁴⁵¹. O que se pretende dizer com isso é que a técnica de concordância de textos jurídicos pode ocorrer apenas mediante processos de distinções que se realizam pela tópica⁴⁵². Isso fica claro quando se apoia na estruturação de como Tomás de Aquino elaborou sua *Summa Teológica*, cujo roteiro para descoberta pode ser traduzido pelo sequenciamento: (1º) Identificação do problema; (2º) Situações próximas já conhecidas; (3º)

⁴⁴³ *Ibidem*, pp. 33 ss.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pp. 63-65.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 66-67.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁴⁴⁹ *Ibidem*

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁵² *Ibidem*.

Situações contrárias observadas deste problema: e, (4º) Diante de um cotejamento entre esse conflito de posições antagônicas, descrever a solução para o caso⁴⁵³.

3.2. *Análise crítica*

Como se viu, para Viehweg foi a partir da Baixa Idade Média que o método de ponderação, subjacente à tópica, foi introduzido nos círculos jurídicos. Acontece que não podemos perder de vista que o direito e sua correlata ciência não são frutos que se desenvolvem de véspera. Por certo que o direito romanístico da Idade Média, impregnado das influências da Igreja, distanciou-se de seu matiz original⁴⁵⁴. O fato é que na transposição da Alta Idade Média à Baixa Idade Média vivia-se não só um recrudescimento da atividade comercial, como também se notava uma intensificação da trama social, exigindo-se uma nova trama jurídica para a organização, já que não mais se mostrava suficiente o perfil consuetudinário⁴⁵⁵. Novas tecnologias jurídicas precisaram ser desenvolvidas no intuito de constranger o poder régio⁴⁵⁶, não sem razão que essa intenção é referida na passagem 1, 4, 1 do próprio *Digesto*⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸. O fato é que, no período, os sinais dos tempos exigiam a proteção dos negócios jurídicos, e não sem razão os textos justinianos foram organizados não se perdendo dessa diretiva. O *Corpus Iuris* tinha por intento substituir o regramento dos costumes, acomodando-se num formato que hoje compreendemos dentro da norma geral⁴⁵⁹.

Podemos dizer que quando tais textos apareceram no século XI na Escola de Bolonha, o interesse desperto era notadamente acadêmico, embora alguns dos mais renomados glosadores, como Inério, tivessem interface com a prática⁴⁶⁰. Por essa razão, o método empregado era o didático, cujo resultado era anotações explicativas (glosas) à margem do texto justiniano. Em sendo um movimento acadêmico, é possível que se mencione não uma, mas várias tendências, em várias fases de glosadores. Havia vertentes com inclinações à

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁵⁴ Cf. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. por A. M. Hespanha/L. M. Macaísta Malheiros, 2ª ed., Lisboa, 1995, pp. 14-18.

⁴⁵⁵ Cf. Paolo Grossi, *A Ordem Jurídica Medieval*, trad. por Denise Rossato Agostinetti, São Paulo, 2014, pp. 186-190.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pp. 172-173.

⁴⁵⁸ “O que agrada ao príncipe tem força de lei. Isso porque o povo, por uma lei régia que foi promulgada sobre o *imperium* dele, confere a ele todo o seu *imperium* e suas *potestas*.” (cf. Justiniano, *Digesto de Justiniano. Liber Primus*, trad. por Hécio Maciel França Madeira, 7ª ed., São Paulo, 2013, p. 61).

⁴⁵⁹ Cf. Antonio Padoa Schioppa, *História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea*, trad. por Marcos Marcionilo/Silvana Cobucci Leite, São Paulo, 2014, pp. 61-62.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 63.

equidade, outras mais técnicas⁴⁶¹. O fato de ser um movimento acadêmico, a *interpretatio* de sua metódica muito se deslocava da realidade, submetendo os estudiosos a exercícios prospectivos de imaginação⁴⁶².

Mesmo na fase posterior, já no século XIII, não se vê como o formato do raciocínio dos Comentadores legitimariam a tese de Viehweg, muito embora se perceba aqui a maior aproximação com a realidade. No entanto, ainda assim, não haveria uma, mas várias realidades⁴⁶³. Bartolo de Sassoferrato, acadêmico dos mais profícuos, teve sua produção influenciada pela formação franciscana, sendo dotado de grande fervor religioso, e isso acabou refletindo em seus trabalhos⁴⁶⁴. Baldo Degli Ubaldi, seu aluno, então ligado às corporações comerciais na região foi, por conta disso, muito mais pragmático⁴⁶⁵.

Nesse aspecto é interessante que Paolo Grossi constate que o ponto de partida para validação do discurso jurídico seria uma *interpretatio* orientada pela *aequitas*, ou conceito de justo⁴⁶⁶, procedimento que conferiria grande liberdade aos julgadores⁴⁶⁷. Chega-se ao ponto de dizer que o direito justiniano seria como um invólucro vazio, cujo signo deveria ser entendido como elemento de validação pelo preenchimento semântico do operador textual⁴⁶⁸. Nesse aspecto, devemos lembrar que tanto Savigny quanto Kantorowicz se surpreenderam com o fato de que Bártolo de Sassoferrato, somente após a decisão ter sido tomada, solicitava ao amigo Tigrínio para localizar no *Corpus iuris* as premissas que lhe servissem de justificativa⁴⁶⁹.

Por mais tentador que possa parecer, isso em nada corresponde à proposta de Viehweg, já que, diferentemente de partir de premissas estabilizadas provisoriamente, a linha pragmática dos Comentadores se valia do *Corpus iuris* como forma de legitimar-se perante o auditório. Não deixa de ser interessante o fato de que, para Padoa-Schioppa, o próprio Irnério teria dito que preferiria um julgamento *secundum conscientiam* ao julgamento *secundum*

⁴⁶¹ Cf. Antonio Padoa Schioppa, *História...*, pp. 64-66.

⁴⁶² *Ibidem*, pp. 67-68.

⁴⁶³ Essa tese de um pragmatismo moderado, donde o texto adequa-se à realidade do intérprete, numa fusão de horizontes de Gadamer, pode ser vista em outro estudo realizado por Antonio Padoa-Schioppa referente à consciência dos juízes nessa fase histórica (cf. “Sobre a Consciência do Juiz no *ius commune* europeu”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2010, pp. 113-154).

⁴⁶⁴ Cf. Antonio Padoa Schioppa, *História...*, p. 113.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 116-117.

⁴⁶⁶ Cf. Paolo Grossi, *A Ordem...*, pp. 2016-217.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pp. 207-208.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 209.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. 211-212.

*allegata*⁴⁷⁰. É nessa época que Padoa-Schioppa vê que proceder pela *conscientia* seria senão aderir à moral subjetiva⁴⁷¹.

Se encarmos a passagem dos glosadores aos comentadores dentro de um fluxo normal da evolução, que parte da academia à *práxis*, nesta segunda fase é possível os reflexos da *secundum conscientiam* aplicados ao processo. Tommaso de Piperata, professor da Universidade de Bolonha, já no século XIII teria defendido a tortura pelo juiz⁴⁷². Révigny também chegou a admitir o julgamento de juízes pela consciência⁴⁷³, o que foi seguido por Bártolo⁴⁷⁴ e Baldo.

No campo epistemológico, não se está diante de um método, embora assim entenda Karl Engisch⁴⁷⁵, mas um modo de pensar que procura se legitimar no jogo de palavras que tão só, no fundo, presta-se a revelar o subjetivismo ao se inverter o roteiro do raciocínio silogístico como forma de expandir as premissas de sua validação dada à insuficiência do método dedutivo de axiomas estabelecidos no sistema jurídico⁴⁷⁶. Não é se razão que Karl Larenz observa que o pensar tópico de Viehweg corresponde “toda é qualquer ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel importante nas análises jurídicas (...)”⁴⁷⁷, não deixando de ser associada a uma “representação pessoal.”⁴⁷⁸ Tanto que Atienza percebe que o conceito de *topoi* em Viehweg tem no mínimo três significações possíveis⁴⁷⁹, tendo Engisch encontrado nove possibilidades de uso.⁴⁸⁰

Mas o ponto mais curioso de Karl Engisch, e nos parece ser aqui a senda explorada por muitos, ainda que não o façam de maneira consciente, é conceder uma aproximação com a teoria de valores, dando um passo certamente inimaginável para o próprio Viehweg, já que pressupõe a existência de um sistema de valores operável pela ponderação. Aqui o catálogo de direitos fundamentais seria considerado *topoi* no exercício da ponderação⁴⁸¹. Em síntese, é possível ver que Viehweg em seu roteiro de pensamento, por preocupar-se, sobretudo, com os

⁴⁷⁰ Cf. Antonio Padoa-Schioppa, “Sobre a Consciência...”, p. 116.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 127.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 133.

⁴⁷³ *Ibidem*, pp. 134-135.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁷⁵ Cf. Karl Engisch, *Introdução...*, p. 381.

⁴⁷⁶ Cf. Theodor Viehweg, *Tópica...*, pp. 81-93.

⁴⁷⁷ Cf. Karl Larenz, *Metodologia...*, p. 203.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 204.

⁴⁷⁹ Cf. Manuel Atienza, *As Razões do Direito*, trad. por Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2014, p. 47.

⁴⁸⁰ Cf. Karl Engisch, *Introdução...*, pp. 383-384.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pp. 384-385.

problemas que surgem na realidade⁴⁸², não raro deixa-se conduzir a raciocínios circulares, ou apoia teses que podem ser consideradas como *petitio principii*, disfuncionalidades sistematizadas por Hans Albert⁴⁸³.

4. Teoria da argumentação em Chaïm Perelman

Os estudos de Perelman (1912-1984) são voltados ao pensamento pragmático feito de forma mais racional do que a imaginada por Viehweg, inclusive por atenuar parte dos problemas deixados em aberto, como o apoio da *petitio principii* ou primeiro princípio. Perelman compreende que a verdade é uma leitura relativa da realidade, fruto do entendimento episódico prospectado dentro do eixo histórico, que o afasta da verdade absoluta. Em face disso, deixa de se apoiar em raciocínios analíticos (*entimema*), os quais forneceriam premissas verdadeiras ou necessárias⁴⁸⁴, até porque sendo o direito uma ciência da natureza, não pode partir de demonstrações científicas⁴⁸⁵, mas de controvérsias. É por esse motivo que qualquer tentativa para romper com a lógica formal aristotélica, passaria em revista a obra *Retórica*, dando-lhe um formato atual, de estrutura dialógica, o que aumentaria a correspondência entre aqueles que participam do processo comunicacional⁴⁸⁶, ou seja, a comunicação e seu ínsito conteúdo deveriam de alguma forma ser validados por todos os partícipes do evento.

Por sua vez, Perelman reconhece que seu construto necessita de um apurmo epistemológico, afinal, não mais vivíamos tal como no século XVII, quando a estratificação da heterogenia de valores projetava com eficiência o sistema dedutivo-axiomático para funcionalizar o direito⁴⁸⁷. Ainda que, com o tempo, avanços epistemológicos ocorressem, primeiro pelas plataformas sistêmicas e orgânicas na fase da jurisprudência dos conceitos⁴⁸⁸, seguindo-se pela abertura do sistema com a fase sociológico-teleológica do direito⁴⁸⁹, percebe que novos roteiros para o raciocínio do jurista precisariam ser desenvolvidos, pois se mostrava incontestável que a Ciência do Direito esboçava dificuldades para acompanhar a

⁴⁸² Para uma demonstração do raciocínio tópico pelos Ministros do STF, Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 273-375.

⁴⁸³ V. *infra*, nº 275.

⁴⁸⁴ Cf. Chaïm Perelman, *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, trad. por Verginia K. Pupi, São Paulo, 1998, p. 1.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁸⁶ Cf. Chaïm Perelman, *Retóricas*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª ed., São Paulo, 2004, p. 58.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 33 ss.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 69-70.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp. 70-71.

marcha das transformações sociais, percepção que ganha concretude após o processo de Nuremberg⁴⁹⁰. Com isso, busca apoio nos estudos de Esser, Kriele e Struck na tentativa de encontrar uma forma para que os valores pudessem ser utilizados na aplicação do direito⁴⁹¹. Seria imerso nesse contexto que Perelman busca em Aristóteles substratos teóricos para reconfigurar a lógica por meio de uma releitura da *Retórica*, afinada com a etapa atual do pensamento jurídico⁴⁹².

4.1. *Formulação teorética*

Pode-se dizer que Perelman inicia seus estudos a partir dos problemas deixados insolucionados por Viehweg. De fato, este não havia sido tão hábil para indicar como os *topoi*, enquanto saber estabilizado, poderiam ser localizados ou mesmo legitimados dentro da Ciência do Direito. O interessante é que o aludido autor, ao tentar resolver essa suposta falha, acaba se aproximando do pragmatismo norte-americano quando observa que a decisão do julgador não seria nada além do raciocínio prático que se converte ao jurídico⁴⁹³, isto significa dizer que a lógica, antes de tudo, deve ser entendida como uma forma de prestação de contas, inalcançável pelo modelo silogístico⁴⁹⁴. Esse novo verniz lógico não deveria ser necessariamente inteligível pelo formato deôntico de G. H. Von Wright – modais permitido, proibido e obrigatório⁴⁹⁵⁻⁴⁹⁶, não obstante, outros, como Stephen E. Toulmin, investem na releitura desses modais operativos⁴⁹⁷.

O fato é que premido por esse propósito, Perelman retoma o plano orador-mensagem-receptor desenvolvido por Aristóteles, com a diferença que coloca num grau de importância diminuta a construção silogística inerente ao modelo aristotélico e passa a se concentrar, como ponto áureo de seu desenvolvimento teórico, na noção de auditório. Se Aristóteles até chegou a admitir a existência de uma plateia como destinatária da mensagem, reservando-lhe, contudo, um perfil que não ia além de ajustes estilísticos dentro do processo

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 103.

⁴⁹³ Cf. Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, trad. por Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, 1996, p. 481.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 491.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ No Brasil, a lógica deôntica foi sobremodo desenvolvida e difundida por Paulo de Barros Carvalho (cf. *Curso de Direito Tributário*, 18ª ed., São Paulo, 2007) e Lourival Vilanova (cf. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, 1997).

⁴⁹⁷ Cf. Stephen E. Toulmin, *Os Usos do Argumento*, 2ª ed., trad. por Reinaldo Guarany, São Paulo, 2006, pp. 15 ss.

comunicacional⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹, Perelman coloca esse conceito de auditório em uma dimensão funcional na perspectiva lógica⁵⁰⁰. Enquanto a retórica aristotélica é monológica, sendo o auditório mero receptor da mensagem, em Perelman, a função é dialógica, de filtragem e validação do conteúdo que flui pelo processo comunicacional. É evidente que essa dimensão dialógica é ficcional, devido à impossibilidade de um ajuste perfeito entre o falante e o ouvinte⁵⁰¹, mas esse modelo no mínimo transfere responsabilidades ao emissor da mensagem, que não pode se dar o capricho de preterir comunidades distintas de valores.

Se numa primeira leitura pode-se supor que tal modelo seja muito arrojado por trabalhar com a ideia de um auditório universal, essa visão desvanece ao se perceber que esta se faz necessária ao se pretender funcionalizar o direito em um mundo heterogêneo. Nesse aspecto, a perspectiva funcional do modelo deixa-se de preocupar com a verdade e passa a se preocupar com a adesão presumida do auditório⁵⁰².

Outra forma de compreender a diferença entre os modelos retóricos de Aristóteles e Perelman é ver como seus modelos tendem a refletir nos argumentos indutivos e dedutivos, invariavelmente, utilizados pelo emissor da mensagem. Enquanto Aristóteles, como já vimos, preocupava-se mais com a forma desses silogismos, Perelman, ao supor um concerto entre emissário-receptor da comunicação, no fundo exige que o conteúdo das premissas corresponda aos valores admitindo em dado universo social⁵⁰³ - o acordo, a escolha e a apresentação das premissas.⁵⁰⁴ Desse modo, as premissas, que agora têm a tarefa de construir e reconstruir a realidade, visto que sua função não é só estática, como também dinâmica, pode ser classificada como aquilo que é real e aquilo que é preferível⁵⁰⁵. Aquele conteúdo corresponderia à construção da premissa por meio de fatos, verdades e presunções⁵⁰⁶. Já as premissas do tipo preferível teriam, em sua composição valores, hierarquias e lugares⁵⁰⁷.

No grupo da desejabilidade, temos os valores que, apesar de ser uma expressão quase intuitiva, não destoam da conceituação já feita linhas atrás, por Resweber. Portanto, podemos dizer que valor são ideias ou padrões seguidos por determinados grupos em momentos específicos. Muito próximo deste conceito encontra-se o de hierarquia, já que é razoável supor

⁴⁹⁸ Cf. Aristóteles, *Retórica*..., pp. 143 ss.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 198 ss.

⁵⁰⁰ Cf. Chaïm Perelman, *Lógica*..., p. 143.

⁵⁰¹ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado*..., p. 22.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 239.

⁵⁰³ Cf. Olivier Reboul, *Introdução*..., p. 163.

⁵⁰⁴ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado*..., p. 74.

⁵⁰⁵ Cf. Olivier Reboul, *Introdução*..., p. 164.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁰⁷ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado*..., pp. 74 ss.

que os valores possam ser agrupados em ordens de preferência. Se Atienza enxerga nessa hierarquização a utilização de lugares-comuns ou tópicos⁵⁰⁸, vemos um retorno aos *topoi* de Viehweg. A diferença é que todo esse nível de estruturação permite que o grau de interação com a realidade passe a ser considerado.

No entanto, Perelman e Olbrecht-Tyteca admitem que para que se evite a dissintonia entre a realidade e o texto, esquemas complementares ao discurso devem ser introduzidos, até porque a lógica do direito é uma lógica de acomodação e não de exclusão de opostos. Nessa dimensão estrutural, seria possível, então, reconhecer a existência de quatro categorias de argumentos que devem ser transportados ao discurso do operador do direito.

Tipo de argumento	Estrutura
Quase lógicos ⁵⁰⁹ .	Têm apoio na racionalidade
Baseados na estrutura do real ⁵¹⁰ .	Apoiam-se na experiência ⁵¹¹
Que fundamentam a estrutura do real ⁵¹² .	São empíricos, mas se valem da realidade para a construção de modelos ou nexos.
Argumentos por dissociação de noções ⁵¹³ .	“consistem em dissociar noções em pares hierarquizados, como aparência/realidade.” ⁵¹⁴

Neste caso, os argumentos com características de quase lógica teriam aparência de lógicos, já que não reclamariam a experiência para confirmá-los. Com efeito, se dentro da lógica formal existem teses excludentes porquanto contraditórias, no plano da quase lógica, haveria teses ou posições apenas incompatíveis⁵¹⁵, que devem ser acomodadas dentro do sistema jurídico. Outra feição do argumento quase lógico está associada ao fenômeno da identificação. Aqui, se não for hipótese do arbítrio ou da clara evidência, estaríamos diante de argumentos que são intercambiáveis por conterem similitudes em seus aspectos essenciais⁵¹⁶, que muito se aproximam dos argumentos que utilizam a analogia.

Se os quase lógicos se fundam sobre uma variância da racionalidade⁵¹⁷, os baseados na estrutura do real buscam seu apoio no que se encontra estabelecido pelos juízos de solidariedade reinantes na comunidade⁵¹⁸. É no mundo fenomênico que poderíamos encontrar

⁵⁰⁸ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 63.

⁵⁰⁹ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado...*, pp. 219-295.

⁵¹⁰ *Ibidem*, pp. 296-398.

⁵¹¹ Cf. Olivier Reboul, *Introdução...*, p. 173.

⁵¹² Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado...*, pp. 399-465.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 457-521.

⁵¹⁴ Cf. Olivier Reboul, *Introdução à Retórica...*, p. 189.

⁵¹⁵ *Ibidem*, pp. 220 ss.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 238.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 298.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

vínculos causais para legitimar uma argumentação, como a pragmática. Neste tipo de argumentação, não só se tem um olhar na causa, como também nas consequências⁵¹⁹. Outro tipo dessa categoria de argumento pode ser visto no argumento de autoridade. Embora criticado por muitos⁵²⁰, para Perelman, isso ocorre por associá-lo ao conceito de verdade, incompatível com o direito. Até porque esta ciência não pode abrir mão desse formato de argumento⁵²¹, pois, apesar de flexibilizada, a regra de reconhecimento de Hart não fora abolida.

A terceira categoria de argumentos são aqueles cujas associações se fundamentam na estrutura do real⁵²². São os casos em que, a partir de um caso concreto ou de vários exemplos, busca-se o auxílio numa generalização⁵²³. Um exemplo desse formato de argumentação é apresentado por Atienza ao invocar o instituto dos precedentes, onde a *ratio decidendi* é transportada para outros casos⁵²⁴. A última categoria são aqueles chamados dissociação de noções, em que o exemplo mais claro pode ser visto no instituto da *distinguishing*, típico da *common law*.

Contudo, diante de tantas possibilidades e interações, como selecioná-los? Segundo Perelman, caberia ao operador do discurso, por aquilo que chama de força dos argumentos, aferir quão maior é o grau de adesão do auditório⁵²⁵. Esse processo seletivo, pelo menos no campo do direito, foi substancialmente complementado com a obra *Ética e Justiça*, embora assim não se reconheça taxativamente. Pois, se já foi dito que a teoria de Perelman encerra em si a conjugação de teorias de valor e do agir dialógico, com nítida vocação pragmática, outra forma de ver a junção dessas várias teorias é compreendê-las sob a corrente epistemológica, caminho que desenvolveremos apoiando-nos em Posner.

O jurista norte-americano apresenta dois tipos de pragmatismo; um com perfil ortodoxo e outro não-conformista⁵²⁶. Enquanto aquele seria típico da filosofia tradicional⁵²⁷, tendendo a distanciar da realidade em razão do gozo acadêmico⁵²⁸, este último, seria aquele que se vê operando no dia-a-dia⁵²⁹. Como aqui o que se torna importante são os resultados

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 303.

⁵²⁰ Para Irving M. Copi, o *argumentum ad Verecundiam* seria apenas uma falácia (cf. *Introdução...*, pp. 81-83).

⁵²¹ Olivier Reboul, *Introdução...*, pp. 348-349.

⁵²² *Ibidem*, pp. 399-465.

⁵²³ *Ibidem*, p. 399.

⁵²⁴ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 72.

⁵²⁵ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado...*, p. 524.

⁵²⁶ Cf. Cf. Richard A. Posner, *Direito, Pragmatismo e Democracia*, trad. por Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, 2010, pp. 19 ss.

⁵²⁷ *Ibidem*, pp. 28-29.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 33.

efetivos da prática, apoios em conceitos abstratos como justiça ou imparcialidade seriam encarados como mero capricho retórico⁵³⁰. Podemos dizer que a diferença entre Posner e Perelman, pelo menos no plano epistemológico, é que aquele tende a realizar uma leitura monológica da eficiência, enquanto que o agir pragmático de Perelman inclina-se a buscar o resultado de eficiência dentro de uma escala de valores comunitário⁵³¹. Logo, as condições essenciais remetem-nos à ideia de acordo social⁵³². Evidentemente que essa questão de acordo social nos leva à ideia da democracia formal, falha em captar a diversidade cultural da atualidade.

Perelman procura se esquivar da questão ao afirmar que nesse quadro caberia à jurisprudência promover essas adequações e ajustes temporários⁵³³. O problema é que realmente acredita que qualquer tipo de erro possa ser evitado dentro do processo de justificação⁵³⁴, limitando-se a dizer que essa etapa deve manter-se adstrita ao processo de dedução do sistema jurídico, por meio da utilização de princípios de conteúdo mais geral⁵³⁵, que devem ser utilizados se conseguirem prestar contas a três auditórios distintos, aquele que é composto pelas partes, os operadores do direito e a opinião pública⁵³⁶.

4.2. *Análise crítica*

Neste ponto Michel Troper sintetiza muito bem a crítica ao modelo de argumentação lógica de Perelman. Em sua posição, com a qual não se há como objetar, a construção de Perelman comete um erro tautológico, já que confunde o racional com o razoável. Afinal, não há nada de lógico em submeter a um colegiado a melhor escolha⁵³⁷. O problema nisso, como nos mostra Max Scheler, é que nem sempre acordos construídos e que tendam à universalização necessariamente trazem consigo o que poderíamos supor como o melhor, o mais justo ou mais razoável⁵³⁸. De fato, como atesta Atienza, a plasticidade do auditório de Perelman compassa-se dentro da história e da cultura⁵³⁹, e isso pode significar ou o governo da maioria ou a revolta da minoria. Até porque, Perelman não consegue explicar como o

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁵³¹ Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica...*, p. 189.

⁵³² Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado...*, p. 19.

⁵³³ *Ibidem*, pp. 29-30.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 56.

⁵³⁵ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁵³⁶ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado...*, p. 238.

⁵³⁷ Cf. Michel Troper, *A filosofia do Direito*, trad. por Ana Deiró, São Paulo, 2008..., pp. 151-152.

⁵³⁸ Cf. Max Scheler, *Da Reviravolta...*, pp. 152 ss.

⁵³⁹ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 84.

argumento quase lógico conseguiria acomodar posições diferentes que para o direito, diferentemente das ciências naturais, não poderiam ser excludentes, mas absorvidas e valorizadas.

5. Teoria da Argumentação de Toulmin

No ano de 1958, Toulmin (1922-2009), animado pela mesma inquietude vista em Viehweg e Perelman, apresenta um raciocínio alternativo ao modelo formal aristotélico, já que, com exceção da matemática, compreendia que os demais modos de argumentos, que não podem ficar imunes às intempéries da realidade, não têm como acontecer sob a forma silogística⁵⁴⁰. O que o diferencia dos outros dois é que sua formação deu-se dentro da *common law*, tanto inglesa quanto norte-americana. Assim, compreende que poderíamos ter modelos rivais de lógica; ao lado do matemático-formal, ter-se-ia o modelo jurisprudencial⁵⁴¹.

Embora essa adjetivação possa nos remeter à *práxis* forense, seu modelo não se limita a este campo, apesar de sua visualização dentro do processo judicial ser de mais fácil apreensão, já que o roteiro processual, por fracionar os eventos, tende a resplandecer com mais nitidez suas etapas. Haveria, assim, distintos campos de argumentos, a depender da área de investigação⁵⁴². Não obstante, em todos os argumentos não-matemáticos ter-se-iam, em comum, campos de invariância, ou seja, o sequenciamento de etapas do raciocínio que se mantém invariável⁵⁴³. A contribuição de Toulmin foi acrescentar ao lado das estruturas modais de Von Wright – modais permitido, proibido e obrigatório – comandos capazes de trabalhar com cenários de probabilidades que marcam o mundo⁵⁴⁴.

5.1. Formulação teórica

A teoria da argumentação de Toulmin parte do princípio de que toda tese, consubstanciada em asserções, veiculariam dados D com a finalidade de convencer o ouvinte acerca de uma conclusão C. Noutras palavras, “se D, então C”⁵⁴⁵. Isto não significa dizer que dúvidas não surgiriam na transposição de D para C, o que colocaria o orador/falante numa

⁵⁴⁰ Cf. Chaïm Perelman/Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado...*, p. 137.

⁵⁴¹ Cf. Stephen E. Toulmin, *Os Usos...*, p. 136.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 20.

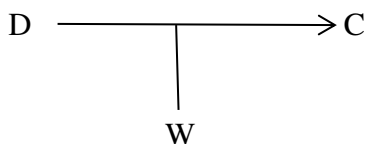
⁵⁴³ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, pp. 63-133.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 141.

posição singular, pois precisaria decompor seu raciocínio. É neste momento que surgem as proposições de garantia W como forma de registrar a legitimidade do fluxo entre D e C.

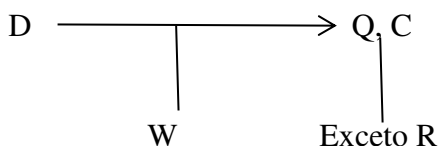
Graficamente isso poderia ser representado da seguinte forma:



Transportando esse raciocínio para o universo forense, o que o torna mais palatável e inteligível, podemos exemplificar que o peticionante se dirige ao juízo e informa que em razão de ter sido vítima de um acidente D (questões de fato), tem direito de ser ressarcido C. Nesse contexto, W (questões de direito) deve ser encarado como o padrão normativo donde os fatos D subsumiram para autorizar o pleito⁵⁴⁶.

Em que pese esse tipo de raciocínio ser o mesmo aplicado na lógica prática, as regras dialéticas do processo exigem que essa decomposição fique clara, fato nem sempre verificado no dia-a-dia. Isto não quer dizer que não traduza esse formato de raciocínio, afinal, é bastante comum que, no universo fenomênico entre D e C, as demais etapas fiquem subentendidas ou implícitas, pelo menos, até que o seu emissor seja desafiado.

Como mencionado anteriormente, um dos recursos para a adaptação da lógica formal à realidade empírica se deu pela entronização do modal probabilístico, que pode ser apresentado sob dois formatos, um presuntivo, que podemos resumir pelo verbo possivelmente Q, e outro excludente, visualizado na locução “exceto se” R. Neste enfoque, é possível que se formos vítima de um acidente D, com base na norma W, possivelmente Q, teremos direito à indenização C, exceto se ficar demonstrado que a culpa recaía sobre a própria vítima R.

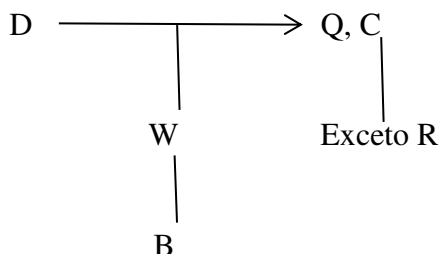


Toulmin entende que as garantias W, que no universo jurídico correspondem às questões de direito, são representativas de cânones argumentativos e padrões práticos⁵⁴⁷. Portanto, as garantias W podem ter graus de força variados. Logo, teríamos garantias que,

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 143.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 141.

necessariamente, conduzir-nos-ia a C e, outras, como já vimos, apenas de forma probabilística teria essa aptidão⁵⁴⁸. Principalmente nesses casos em que as garantias W são probabilísticas ou meras possibilidades, pode ser que seja exigido reforço adicional, de apoio B⁵⁴⁹.



No modelo de Toulmin, até a fase das garantias W é possível compreender que todos os argumentos possuem uma forma idêntica, aquilo que foi denominado como campo-invariável. Todas as áreas do conhecimento, invariavelmente, respeitam essa liturgia quando nos demandam a elaboração de argumentos. O que diferenciaria os argumentos, separando-os em classes, ocorreria no momento em que se procura dar apoio B às garantias. Para melhor compreender essa fase da argumentação, volvemos ao mundo fenomênico, precisamente no exemplo fornecido por Toulmin. Segundo o qual, se Harry nasceu nas Bermudas (D), presumivelmente (Q) seria um britânico. Pois, exceto (R) se seus pais sejam estrangeiros ou se Harry tiver optado por outra nacionalidade, será considerado britânico (C), já que aqueles que nascem nas Bermudas têm essa condição (W), de acordo com os estatutos normativos britânicos (B). Nesse caso, é possível que um interlocutor não acredite que o fato de nascer nas Bermudas, por si só, conduza à cidadania britânica, exigindo a alusão aos textos legais.

Embora as garantias W e seus apoios B possam ser afirmações factuais, não há como confundi-las por terem funções distintas. Enquanto aquelas seriam “afirmações-ponte”, meramente hipotéticas, seus apoios devem ser expressos no formato categórico. Afinal, enquanto as garantias podem ser implícitas, os apoios devem ser explicitados⁵⁵⁰. Todavia, parece-nos que esse é um dos problemas visualizados por Atienza quando percebe que esse formato de raciocínio precisa retornar à *práxis* forense. Compreende-se que Toulman consegue sair da simplificação da argumentação silogística de Aristóteles, ao sair de duas etapas (premissas/argumentação) a seis (D, C, Q, R, W e B). Entretanto, os problemas surgem quando se percebe que a etapa W é realizada por meio de uma inferência e os postulados de

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 144.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, pp. 148-149.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 151-152.

apoio B reclamam fatos, ou seja, cenários onde a justificação das garantias seria realizada por meio de enunciados empíricos⁵⁵¹. Isso é interessante porque, se entendemos que, no plano processual, a junção das etapas D + W corresponde à causa de pedir (fática e jurídica), não se apreende muito bem como B, no plano do raciocínio, demandaria reforço adicional. Atienza explicita que caberia ao apoio B se limitar a afirmar a existência da norma, com seu respectivo conteúdo, o que já estaria contemplado nas formulações de Aristóteles, sob o título de silogismo prático⁵⁵². Logo, a falta de clareza entre W e B seria uma das grandes críticas que se pode lançar à teoria de Toulmin. Mas não só, já que vê que as garantias W, enquanto causa de pedir jurídica, exige, à subsunção, acomodações onde já se estariam ínsitas as regras de exceção R⁵⁵³.

5.2. *Análise crítica*

Podemos ver que a contribuição de Toulmin residiu apenas em fracionar as duas etapas do raciocínio formal de Aristóteles em seis. Dessa maneira, nada mais faz do que tornar claro o universo probabilístico já tangenciado pelo livro *Tópicos*. A grande questão, então, pelo menos no plano da argumentação jurídica, seria explicar como o elemento de reforço B, opera, como força seletiva dos argumentos, no raciocínio jurídico. Nesse aspecto, as etapas Q e R poderiam até mesmo ser interpretadas como fases dessa força seletiva dos argumentos. Mas, se assim for, credita-se que o livro VIII de *Tópicos*, embora muito menos sistematizado, foi muito mais arrojado ao propor saídas às petições de princípios. Além do mais, Klaus Günther nota o equívoco na formulação quando Toulmin deixa de indicar qual deve ser a justificativa W que o operador deve escolher para o caso concreto⁵⁵⁴, afinal, o direito permite infindáveis possibilidades. Bem que Günther procura solucionar esse problema associando à W o princípio universal U, ou seja, o princípio moral que, projetando consequências e efeitos colaterais sobre todos os fatos da comunidade, fosse indicativo do interesse de todos⁵⁵⁵. O que também não traz muita segurança ao cabo. De fato, mesmo se tratando de uma formulação moral, ao convertê-lo à Ciência do Direito, restringe-se a indicar duas propostas que a nosso sentir também são cheias de falibilidade. Pois, ao se apoiar em

⁵⁵¹ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 124.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 124.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁵⁴ Cf. Klaus Günther, *Teoria...*, p. 23.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

Kriele e Esser acaba tangenciando a tese de uma dimensão objetiva ética⁵⁵⁶, ou vai ao conceito da *integrity* de Dworkin⁵⁵⁷, que como se sabe, não tem como instituir mecanismos de correções de curso, já que se trata de um petrecho notadamente jurisprudencial.

6. Teoria da Argumentação de MacCormick

A intenção de MacCormick (1941-2009), também submetido às práticas da *common law*, consiste em demonstrar como a razão prática participa do processo de formação da argumentação jurídica⁵⁵⁸. Tenta demonstrar que para sermos positivistas não é necessário abandonar as regras de *pedigree* de Hart⁵⁵⁹. E mais, por entender que a justificação por dedução – “*p, então q*” – não seria incompatível com a argumentação jurídica, abre desdobramentos na direção de uma teoria epistemológica.

Dessa forma, seu modelo sistêmico-dedutivo operaria em etapas. Na primeira hipótese, chamada de justificações de 1º grau, teríamos uma fase endógena, correspondente à justificação interna de Atienza⁵⁶⁰. Ao passo que na fase de justificação de 2º grau dever-se-á buscar haurir, fora do sistema, metódicas para solução de casos que não têm ajuste nas normas jurídicas.

6.1. Formulação teórica

Para MacCormick, na maioria das vezes, o formato do raciocínio dedutivo, seria suficiente à argumentação jurídica⁵⁶¹. A diferença desse modelo silogístico dos utilizados nas ciências da natureza é que, no direito, aquilo que se supõe ser a “verdade” deve ser interpretado com o entendimento dos Tribunais Superiores⁵⁶² acerca de dado assunto. Já a verdade das premissas inferiores seria uma questão probatória a ser desenvolvida dentro do processo judicial⁵⁶³. Essa releitura da lógica formal deve ser empreendida desde que não se

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pp. 265-268.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 268-275.

⁵⁵⁸ Cf. Neil MacCormick, *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, trad. por Waldéa Barcellos, 2ª ed., São Paulo, 2009. pp. 1-22.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pp. 299 ss.

⁵⁶⁰ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 146.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 23-28.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 46.

⁵⁶³ *Ibidem*, pp. 31-33.

prive das dimensões pragmáticas do justo e do racional, o que nos leva à exigência de agir de forma coerente com padrões de valor e dos princípios⁵⁶⁴.

Compreende também que esse modelo sistêmico-dedutivo não se revela capaz de projetar-se por todas as hipóteses que podem aparecer. É nesse momento que MacCormick irrompe o sistema e, com flertes com o direito natural, remete-nos a uma espécie de direito não dependente de “promulgação”, “aceitação” ou “reconhecimento”⁵⁶⁵. Como se pode notar, o conceito de verdade em MacCormick representa uma construção formal muito semelhante ao conceito de Aristóteles e Perelman, muito embora destes se distancie por se ver um verniz dinâmico, que vai se construindo pela jurisprudência⁵⁶⁶. Logo, não seria de todo errôneo dizer que a construção teórica de MacCormick é constituída por um sistema endógeno, formalmente dinâmico e, na sua exaustão, vale-se do sistema exógeno, que é aberto episodicamente.

Ali, na primeira fase, enquanto os casos corriqueiros não desafiariam o intérprete, o processo de justificação dos casos difíceis nos levaria a separar questões de fato de um lado e as de direito de outro. Desse modo, seria possível chegar a quatro eixos dentro desses dois grupos⁵⁶⁷. Relativo às questões de direito, teríamos questões de interpretação e as questões de pertinência⁵⁶⁸. Já no plano dos fatos, teríamos questões que dizem respeito à produção das provas e as que se denominam de qualificação ou “problemas de fatos secundários”⁵⁶⁹.

A interpretação seria ativada ao se perceber que “proposições” podem ser flexionadas de tal forma que teriam alcances vários. Depois de analisar o caso *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board*, de 1972, em que o cidadão Zesko foi preterido do programa habitacional por ser de origem polonesa, conclui que uma regra, na dúvida, deve ser interpretada como *se p'* ou *se p''* dentro de uma dimensão de universalização⁵⁷⁰. Além disso, é verdade que não raro o predicativo universal, por se afigurar com textura aberta, pode nos colocar dentro de leituras rivais. Diante disso, chega-se ao critério da pertinência, que deve ser compreendido segundo a noção de princípio de justiça formal⁵⁷¹. Já as questões de prova, ínsita à premissa menor, o que não necessariamente corresponde à construção da verdade.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 48-49.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 78.

⁵⁶⁶ Cf. Neil MacCormick, *Argumentação...*, p. 93.

⁵⁶⁷ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 140.

⁵⁶⁸ Cf. Neil MacCormick, *Argumentação...*, p. 98.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 118.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, pp. 98-99.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 104.

“[Às vezes as pessoas] não questionam a existência de uma lei *se p, então q*, nem qual a sua interpretação correta, [pois] bem podem questionar se *p* ocorreu ou não.”⁵⁷²

Mas mesmo a análise de prova consegue se desvencilhar por completo do campo de uma “interpretação criativa”, o que vemos pelo exemplo que fornece a respeito do adultério. No referido exemplo, embora entre as partes do litígio seja incontroverso que a cônjuge teria ficado grávida de outrem, remanesce saber se, como causa do pedido de divórcio, a inseminação *in vitro* pode ser caracterizada como adultério. Ou seja, *se p, então, q* é o mesmo que *se p’, então q*.

Todavia, por vezes essa engenharia sistêmica não se basta, devendo ser aberta ao universo pragmático. Mas, inclusive aqui, o intérprete não fica solto, ao alvedrio de seu subjetivismo, pois deve deixar-se conduzir pela análise das consequências que sua escolha provocará na realidade (argumentos consequencialistas). Tal diretriz, ademais, deve projetar-se sem que se abra mão de padrões com coesão e coerência⁵⁷³. Ser coeso é não ser incoerente com os padrões normativos existentes. Já ser coerente é mais, é não agir em desconformidade aos princípios que integram o sistema endógeno⁵⁷⁴. Para MacCormick, então, proibir que automóveis amarelos não ultrapassem a velocidade máxima de 30 km/h, enquanto que outros veículos de outras cores devem respeitar o mínimo de 40 km/h e o máximo de 100 km/h, pode até ser coeso, mas não é coerente.

O fato é que a construção sistêmica de MacCormick nos conduz, pelo menos em abstrato, a funcionalizar os princípios numa aproximação com a teoria dos valores, afinal, associa essa categoria normativa aos fins que devem ser perseguidos e desejáveis⁵⁷⁵. Explico. Tal qual Celso Antônio Bandeira de Mello, que vê nos princípios os mandamentos nucleares do sistema⁵⁷⁶, MacCormick entende que as normas carregam em si valores que, projetados no sistema, transfiguram-se na forma de princípios⁵⁷⁷. Nada mais lógico que assim seja, pois, sendo o arranjo social integrado por pessoas que se caracterizam pela distinção, é reflexivo que essa colcha de retalhos de valores repercuta no bojo das normas⁵⁷⁸.

Desse modo, apreende-se que a interface entre o normativo e a realidade deve ser operada pela análise de suas consequências (argumento consequencial). Como? Se para MacCormick os princípios gerais têm função justificadora das normas válidas de um

⁵⁷² *Ibidem*, p. 112.

⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 134-135.

⁵⁷⁴ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 135.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, 2013, p. 54.

⁵⁷⁷ Cf. Neil MacCormick, *Argumentação...*, p. 306.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 305.

sistema⁵⁷⁹, conclui-se que, a partir dessa coerência normativa, pode-se subtrair o substrato germinal dessa categoria normativa e que estes princípios são projetados na *ratio decidendi* dos precedentes judiciais e que, por certo, servem de referência no teste de validação da coerência narrativa⁵⁸⁰. Com essas características, é possível compreender os motivos de a argumentação analógica ser derivável dos princípios gerais⁵⁸¹, já que estes correspondem ao “conjunto de normas racionalizantes”⁵⁸² de um sistema.

De qualquer forma, como a justificação de 2ª ordem não se mostra incompatível com a norma de reconhecimento de Hart, inclusive desta depende⁵⁸³, pois se vale de uma complexa conjugação de princípios, argumentos consequenciais e particularidades de interpretação, que MacCormick tem de que a noção de peso de Dworkin é capaz de nos direcionar ao erro⁵⁸⁴.

6.2. Análise crítica

É possível ver algumas deficiências na construção de MacCormick. A primeira destas é que, por mais que se pretenda conceder avanços ao modelo do raciocínio formal de Aristóteles, em algumas partes anda-se em círculos. Por exemplo, aduzir que a “verdade” contida na premissa maior corresponde ao entendimento dos Tribunais Superiores, devendo ser privilegiada leituras que tendem a ser universais, não se distancia muito do conceito de *apódexis* (primeira premissa) de Aristóteles, que inclusive devem ser funcionalizadas no aspecto geral e não individual. Além de não progredir muito no que se refere à justificação de 2ª ordem, a projeção da *ratio decidendi* já era uma constante na *common law*. Não explica, todavia, como essa *ratio decidendi*, no curso de sua vida, vai se alterando e projetando leituras que, sem dúvida, destoariam de sua leitura original, gerando problemas. Embora faça críticas ao expediente surreal da única resposta correta em Dworkin, não percebe que isso e nada é a mesma coisa, pois ambos, de certo modo, adotam padrões de desenvolvimento que se norteiam pela coerência. *Grosso modo*, o modelo de MacCormick não vai muito além de sistematizar o que já se tem por aí.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 198.

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

⁵⁸¹ Cf. Neil MacCormick, *Argumentação...*, p. 199.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 304.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 304.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 202.

7. Teoria da argumentação jurídica em Robert Alexy

Com certos temperamentos, embora o próprio jurista alemão assim não admita, é possível que os estudos sobre argumentação jurídica em Alexy sejam focalizados de duas formas. Na primeira vê-se um construto formal, fortemente influenciado pelas pesquisas de Austin, Hare, Perelman, Toulmin, dentre outros, com destaque especial a Habermas. Não seria equivocado sustentar ser possível ver ensaios arrojados na tentativa de se transpor a teoria do agir comunicativo de Habermas ao direito⁵⁸⁵. Já numa segunda fase, com a publicação da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a teoria da argumentação jurídica se completa com aproximação a teoria dos valores.

O problema é que esses dois estudos, se encarados como complementares, acabariam nos conduzindo a uma contradição ainda não enfrentada pelo próprio Alexy. De fato, um dos principais pontos da teoria da argumentação de Alexy está em substituir o “trilema de Münchhausen” pela metódica do discurso racional – pela “correção da proposição”⁵⁸⁶. Todavia, como veremos, esse algoritmo, vocacionado em sua origem para ser racional, desnatura-se com essa aproximação.

Nesse aspecto, ao arrepio de Alexy, apenas por questões didáticas, estudaremos esses dois planos da argumentação sob o rótulo de aspectos formal e material da argumentação.

7.1. Formulação teórica

7.1.1. Aspecto formal da teoria da argumentação

Por atinar que o discurso jurídico trata-se apenas de um caso especial do discurso prático racional, Alexy principia sua construção traçando os esboços de sua teoria neste sentido. Apesar de saber que os discursos podem ser de três tipos – empírico, analítico e normativo –, reconhece que o mais importante seria este último, pois lhe competiria estabelecer os fundamentos da racionalidade do discurso prático⁵⁸⁷.

O fato é que se se pretende instituir um discurso racional, para se desviarem dos problemas aventados por Hans Albert⁵⁸⁸, seus interlocutores devem respeitar regras básicas,

⁵⁸⁵ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 187.

⁵⁸⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria da Argumentação...*, pp. 177-179.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 179.

⁵⁸⁸ V. *infra*, nº 275.

como: não se contradizer; emitir juízos em que acredita; ao se predicar, dentro do processo comunicacional, dada categoria, esse padrão deve ser sempre respeitado; e, os códigos linguísticos não podem ter desvios semânticos⁵⁸⁹. Além desse aspecto dirigido ao fluxo comunicacional, percebe que regras para os comunicantes devem ser garantidas, como todos podem integrar o discurso e, “todos podem problematizar qualquer asserção”⁵⁹⁰. É evidente que esses participantes não podem sofrer qualquer tipo de coerção⁵⁹¹.

Com este nivelamento no plano do ideal, Alexy lança-se a identificar a base de uma teoria funcionalista da moral cujo arquétipo teórico pode ser transportado ao discurso jurídico. Ao seguir por aqui Alexy adverte que esse formato de discurso precisa se fundamentar em dois tipos de justificações, a interna e a externa⁵⁹². Naquele, a justificação deve satisfazer à estrutura silogística do tipo, *se p, então q*⁵⁹³. Já na justificação externa deve se preocupar como a composição das premissas ocorre, tendo identificado seis grupos: (a) interpretação; (b) dogmática jurídica; (c) teoria dos precedentes; (d) argumentação prática geral – aplicação das razões práticas (e) argumentação empírica – faz ponte com outras áreas do conhecimento; e, (f) argumentos jurídicos especiais – como exemplo temos a analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*⁵⁹⁴.

7.1.2. Aspecto material da teoria da argumentação

Se com a obra Teoria da Argumentação, Alexy não vai a ponto de metodizar o roteiro para localizar o justo, de certa forma essa lacuna foi suprida pela teoria estrutural dos direitos fundamentais, cujos traços foram apresentados na Teoria dos Direitos Fundamentais. Afinal, ao compreender que o sistema jurídico é substancialmente determinado pela Constituição⁵⁹⁵, ao imputar aos princípios de direitos fundamentais seu ápice⁵⁹⁶, vê aqui a interface do direito com a teoria moral⁵⁹⁷, elevando sua teoria da argumentação a outro nível qualificativo.

⁵⁸⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria da Argumentação...*, p. 187.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁹¹ *Ibidem*

⁵⁹² *Ibidem*, p. 219.

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 219-220.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, pp. 229-278.

⁵⁹⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos...*, p. 543.

⁵⁹⁶ Cf. Robert Alexy, “Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”, in *Ratio Juris*, vol. 16, n.2, junho de 2003, p. 132 (disponível *online*).

⁵⁹⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos...*, pp. 543-544.

Fiel à prática racional fixada na Teoria da Argumentação⁵⁹⁸, Alexy percebe que, ante a vagueza e a abertura dos princípios de direitos fundamentais, uma metódica se faz necessária. Diferentemente do cardápio mais rígido dos *topoi*, vê nessa plasticidade o fator de ajuste factual exigido pela instabilidade que marca a realidade. Assim, com sua tese de balanceamento, desenvolve-se um modelo procedimental permitindo-se aos princípios, diferentemente da rigidez ínsita à ideia original dos *topoi*, ir se ajustando aos reclamos do contexto prático⁵⁹⁹. Ao se arrogar projetar a aproximação às dimensões axiológicas e à empiria⁶⁰⁰, é-lhe exigido uma reorganização estrutural, não-positivista⁶⁰¹, da norma jurídica, pois, sendo o ponto mais alto do sistema jurídico⁶⁰², leituras usuais não conseguiram satisfazer suas pretensões.

Animado com esse propósito, Alexy compreende que os princípios devem conter uma dimensão deontológica (*dever-ser*) e os valores uma dimensão axiológica (*ser*)⁶⁰³. Num primeiro momento, percebe que Friedrich Müller consegue, de certo modo, diminuir a distâncias do *dever-ser* e *ser* ao introduzir noções como programa normativo e âmbito normativo, em que a realidade selecionada passaria a compor a estrutura da norma⁶⁰⁴. Todavia, não demora a notar que, no fundo, tal teoria opera planos distintos da dogmática, pois, uma coisa é a teoria da norma e outra, bem distinta, é a aplicação do direito.

Vendo-se, então, órfão de teorias, acaba desenvolvendo uma teoria estrutural-funcional dos princípios, cujo desenvolvimento dogmático cinge-se em atribuir ao operador jurídico a capacidade de calibrar essa categoria normativa dentro do ponto ótimo permitido pela realidade circundante. Neste contexto, para Alexy, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”⁶⁰⁵

Como nos é intuitivo, para que localizemos qualquer ponto ótimo fático e jurídico dentro de realidades cambiantes, sua teoria normativa precisaria de uma estruturação adicional móvel, chegando-se, então, ao grande salto qualitativo de sua inventividade ao introduzir o mecanismo de sopesamento. Para que compreendamos bem o significado do

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 549.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, pp. 568-569.

⁶⁰⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos...*, p. 48.

⁶⁰¹ Para uma leitura das gradações não-positivistas segundo o grau de funcionalização da moral pelo Direito, cf. Robert Alexy, “Direito e Moral”, Luís Afonso Heck (org.), in *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*, trad. por Paulo Gilberto Cogo Leivas, Porto Alegre, 2010, pp. 115-122.

⁶⁰² Cf. Robert Alexy, “Direitos Fundamentais...”, p. 132.

⁶⁰³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos...*, p. 145.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, pp. 76-79.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 90.

fenômeno se faz necessário uma pequena digressão pontual. Embora a engenharia constitucional moderna, por meio da introdução do mecanismo vertido no 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, transferiu à Constituição a função de assegurar a divisão de poderes, não se tardou a perceber que projeto também deveria absorver as projetar mudanças que iam sendo detectadas na sociedade, não tendo sido outro o motivo que a Constituição de Weimar passou a prever um cardápio de direitos sociais dada a alta instabilidade social pós-unificação realizada por Bismarck, muito embora não replicados na Lei Fundamental de Bonn de 1949. Desse modo, é possível perceber que todo e qualquer projeto constitucional corresponde a um programa que se ativa gradativamente, na medida das necessidades. Nesse aspecto, grande parte desse projeto ostentaria conteúdos programáticos, em estado potencial, corporizados no conceito de princípios. Ou seja, excepcionalmente o operador do direito tem a autorização para modular essa estrutura, mesmo sabendo que não raro ficaria na incômoda posição do legislador, já que precisa administrar interesses e valores de sinais contrários.

É precisamente aqui que Alexy introduz sua construção da racionalidade por meio do sopesamento, em que ao operador do direito cabe localizar esse ponto ótimo pelo manejo dos três subprincípios que compõem a proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁶⁰⁶. Agindo dessa forma, decisões subjetivas solipsistas, típicas do modelo decisionista, seriam expurgadas pela fundamentação racional⁶⁰⁷.

No plano do discurso jurídico, e sua correlata transposição às decisões judiciais, isso significa que o operador, ante a colisão de valores constitucionais aparentemente opostos, deve afastar aquele que no caso concreto se mostre menos apto, ou pelo menos ajustar uma convivência concertada entre esses interesses distintos, o que é feito ao se responder as três questões inerentes aos referidos subprincípios: (a) A restrição de um interesse em face de outro se mostra a resposta mais adequada ao caso concreto? (b) Essa restrição é realmente necessária, ou haveria outra forma de resolver o problema sem que fosse necessário o choque de valores constitucionais antagônicos? (c) A intensidade ou calibragem dessa acomodação de valores ou interesses opostos está sendo realizada de tal modo que o equilíbrio equitativo está sendo preservado?

⁶⁰⁶ Cf. Robert Alexy, “Direitos Fundamentais...”, pp. 135-140.

⁶⁰⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos...*, pp. 164-165.

7.2. Análise crítica

Em suma, a teoria argumentação jurídica de Alexy por ser interpretada pela sobreposição de fases: (1ª) baseada na teoria do agir comunicativo (adota e adapta critérios de correção ao discurso jurídico); (2ª) introduz critérios para a localização do justo pela incorporação do elemento axiológico à teoria dos direitos fundamentais.

Evidentemente que sua leitura não se opera isenta de críticas. Na primeira etapa, Atienza bem observa que Alexy não consegue demonstrar como a teoria do agir comunicativo de Habermas, que se baseia na ideia do consenso, é transportada ao discurso jurídico⁶⁰⁸. Como essa ideia de consenso é apenas ideal, acreditamos que o mais próximo a que se chegue, por ora, corresponda à ideia da democracia representativa.

No entanto, caso seja essa a interpretação de Alexy, esta também não se afiguraria mais segura, pois, como veremos, ao se permitir que os princípios formais, estruturantes do sistema e representativos do processo democrático, possam ser afastados pela sua ponderação dos princípios materiais de direitos fundamentais⁶⁰⁹, somos colocados dentro de um elevado grau de disfunção sistêmica. É que, ao admitir que os princípios formais e materiais possam entrar em concorrência na ponderação, admite-se também que os princípios formais possam ser afastados quando questões fáticas levem o intérprete a entender estar diante de si certezas ou verdades que não poderiam sequer ser objeto de questionamento nem mesmo do legislador. É aqui que se percebe que Alexy anda em círculos e, de certo modo, implode a estrutura de seu raciocínio, afinal, se numa primeira etapa substitui certezas e verdades por roteiros de procedimento racional; neste segundo momento, não só esse roteiro é implodido, como a própria ideia de consenso, vertido na teoria democrática. Talvez, por isso, Habermas teça críticas à tese do balanceamento que, no fundo, estar-se-ia à cata de valores, objetivos e políticas⁶¹⁰.

Neste aspecto, torna-se crucial lembrarmos que a ideia de ponderação teve um de seus marcos na dogmática moderna, já que é possível ver ensaios propedêuticos em Locke no

⁶⁰⁸ Cf. Manuel Atienza, *As Razões...*, p. 221.

⁶⁰⁹ Cf. Robert Alexy, “Princípios Formais”, in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno/Aziz Tuffi Saliba/Mônica Sette Loppes (orgs.), Rio de Janeiro, 2014, pp. 3-36.

⁶¹⁰ No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista e Constitucionalismo garantista”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/et. al. (orgs.), Porto Alegre, 2012, p. 45.

campo da teoria política⁶¹¹, pelo menos na perspectiva funcional conferida pela dogmática, nos estudos realizados por Phillip Heck (1858-1943). Como o direito não mais conseguia acompanhar a evolução das contingências, Heck viu na racionalidade da jurisprudência histórica uma opção dogmática, conquanto o desenvolvimento da jurisprudência não se daria por saltos, mas dentro de uma linha histórico-teleológica⁶¹². Não desconhecendo a importância da lógica dedutiva⁶¹³, a teoria do direito deveria primar não pela verdade, mas pela “satisfação da vida, de desejos e aspirações (...).”⁶¹⁴ Assim, mais do que se fiar na intenção do legislador, o intérprete deveria acompanhar o pulsar da vida. Seu método se traduz numa singular forma de interpretação que, muito mais do que se prender à intenção do legislador, cabe ao intérprete captar o pulsar da vida se desenvolvendo dentro do eixo da história⁶¹⁵. Com isso, havendo oposição de princípios no caso concreto, deve o intérprete ponderar segundo o melhor resultado⁶¹⁶, o que de certa forma aproxima-se do pragmatismo consequencialista.

O fato é que por detrás dessa construção dogmática é possível localizar um roteiro epistemológico, já que Heck procura substituir leituras subjetivas dos interesses por construções objetivas do sistema social, que se encontra em constante e sequenciada marcha de evolução histórica⁶¹⁷. Ainda que concordemos, com reservas, com Ferrajoli, que vê na ponderação senão uma interpretação sistemática⁶¹⁸, o salto dogmático de Alexy consistiria em ampliar os parâmetros epistemológicos de Heck, até então constrictos à leitura sequencial da história, o que de certo modo nos lembra da tese de constrição da novela em cadeia de Dworkin. Embora o próprio Alexy assim não perceba, ao submeter à ordem jurídica a critérios de correção moral, no limite de tensão do sistema jurídico, acaba repristinando a “teoria do direito natural pura”. Nesse prisma, são necessários alguns reparos, pois, se antes foi dito que em Heck encontramos os marcos iniciais da ponderação no plano dogmático, a verdade é que movimentos propedêuticos já podiam ser sentidos pela Ciência do Direito no ano de 1829 quando José Maria Avellar Brotero, oriundo da Faculdade de Direito de Coimbra, projetava o funcionamento do sopesamento, em que a lei mais forte ante a mais

⁶¹¹ Locke teria visto esse fenômeno da ponderação já no estado da natureza, quando discorre que “(...) no estado da natureza, um homem consegue poder sobre o outro; todavia não é absoluto (...) [devendo agir] de acordo com os ditames da razão ponderada e da consciência, o que seja proporcional à transgressão.” (cf. *Segundo...*, p. 17).

⁶¹² Cf. Philipp Heck, *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*, trad. por José Osório, São Paulo, 1947, p. 10.

⁶¹³ *Ibidem*, pp. 97 ss.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pp. 101-102.

⁶¹⁷ *Ibidem*, pp. 119-120 e 233-234.

⁶¹⁸ Cf. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo...”, p. 46.

fraca, diferentemente do expurgo da validade/invalidade, levava o intérprete a escolher aquela de maior força moral, remetendo-nos ao direito natural⁶¹⁹. Isso é significativo, pois, se a relação entre norma e valor nunca passou despercebida pelos operadores do direito, como se vê em Coing⁶²⁰, Reale ou Apel⁶²¹, a técnica de ponderação introduzida por Alexy, quebra a lógica sequencial de Heck, e consegue elevar a dimensão axiológica para planos operativos a partir do momento em que não encontra muita diferença entre a categoria dos princípios e a dos valores⁶²², já que até mesmo permite uma conversibilidade entre estas⁶²³. O interessante é que Alexy tenta se desviar de problemas que a ponderação poderia nos direcionar para a valorização da argumentação⁶²⁴.

O que não se percebe é que o jurista norte-americano Benjamin N. Cardozo (1870-1938), há quase cem anos, era consciente de que era quase impossível o julgador apartar-se do julgamento subjetivo⁶²⁵, mesmo que pudesse este ser vazado no formato racional⁶²⁶. Curiosamente Cardozo, submetido à *common law*, já vislumbrava a possibilidade de princípios entrarem em conflito⁶²⁷ e somente por meio de padrões de controle epistemológicos seguros, validados pelo sistema, é que se poderia fugir do subjetivismo⁶²⁸, senda que não foi seguida por Alexy, que ao cabo se limita a transferir tal ônus à argumentação jurídica. Inclusive o positivismo de Kelsen, que embora não aceite a coexistência de normas de sinais contrários, admite uma versão tênue da ponderação em caso de conflitos de interpretação. Tal como Heck, a interpretação a ser privilegiada deveria ser aquela que coadunasse como os interesses da comunidade⁶²⁹. Há, indubitavelmente, toda sorte de leitura sobre o fenômeno da ponderação, algumas até muito acanhadas, como a de José Juan Mores, ao fazer uma leitura mais restritiva do fenômeno, que limita sua aplicação à etapa prévia da subsunção⁶³⁰.

Entretanto, se essa perspectiva da ponderação nos mostra que o caminho seguido por Alexy, muito antes de possuir similitudes com Heck, guarda correspondência com o de José Maria Avellar Brotero, Günther consegue detectar outra dimensão da deficiência do modelo

⁶¹⁹ Cf. José Maria Avellar Brotero, *Princípios de Direito Natural*, Rio de Janeiro, 1829, pp. 40 ss.

⁶²⁰ Cf. Helmut Coing, *Elementos...*, pp. 342-345.

⁶²¹ Cf. Karl-Otto Apel, *Estudos...*, pp. 24-25.

⁶²² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos...*, p. 561.

⁶²³ *Ibidem*, p. 563.

⁶²⁴ Contra, Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 65-67 e 89-117.

⁶²⁵ Cf. Benjamin N. Cardozo, *A Natureza...*, p. 83.

⁶²⁶ *Ibidem*, pp. 71 ss.

⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 24-30 e 71.

⁶²⁸ Cf. Benjamin N. Cardozo, *A Natureza...*, p. 82.

⁶²⁹ Cf. Kelsen, Hans, *Teoria...*, pp. 151-154.

⁶³⁰ Cf. José Juan Moreso, "Alexy y La Aritmética de La Ponderación", in Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, 2009, pp. 223-248.

de Alexy. Nesse aspecto cabe ressaltar que a teoria de Günther parte da separação entre a justificativa (campo moral) e a aplicação (campo da concretização). Naquela dimensão, é possível verificar que há princípios morais de diferentes hierarquias para serem invocados como razões para dada aplicação⁶³¹. Como Günther enfatiza a perspectiva moral⁶³², a validade da ação deve corresponder à melhor adequação da comunidade pelo princípio “U” que, por ser um vetor dialógico, universal e imparcial⁶³³, não pode se desvincular das consequências e dos efeitos colaterais. Alexy vai noutro sentido, já que sua dimensão de peso, por se preocupar apenas com a estrutura dos princípios, é calibrada exclusivamente para o caso concreto⁶³⁴. O problema é que não se consegue com isso evidenciar a forma como hierarquiza suas justificações, tendo em vista que cuida muito mais do fenômeno da aplicação. Como Alexy não caracteriza sua noção de princípios em razão da fundamentação e da aplicação, mas pela estrutura, isto o leva a misturar valores e normas e, pelo menos, em aparência, consegue se afastar da “tirania dos valores”.⁶³⁵ Assim, provavelmente, o grande problema da teoria da argumentação jurídica de Alexy é que em universos de contingências endêmicas seu modelo acaba se aproximando do discurso sofista, de só revestir de aparente legitimidade os valores indicados pelo operador do direito.

8 Teoria da argumentação em Habermas

A contribuição de Habermas deve ser compreendida como sendo um desdobramento do pragmatismo marxista e uma linha alternativa à Teoria Crítica⁶³⁶. *Grosso modo*, pertencer a este grupo significa abandonar as formulações teóricas e aproximar-se mais da prática como forma de romper com o *status quo* do arranjo social.

Aproximando-se da teoria dos sistemas de Talcoot Parsons⁶³⁷, que procurava retirar das técnicas descritivas a pecha de instrumentação exclusiva das ciências sociais, percebe que

⁶³¹ Cf. Klaus Günther, *Teoria...*, p. 198.

⁶³² *Ibidem*, p. 200.

⁶³³ *Ibidem*, p. 29.

⁶³⁴ *Ibidem*, pp. 203-205.

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 207-208.

⁶³⁶ Podemos dizer que Habermas procurou aprimorar a teoria do materialismo histórico que estava por detrás do pragmatismo de Marx e Engels. Aqui Habermas vê uma forma de pragmatismo orientado a um fim específico, ou seja, aquele que faz crítica ao pragmatismo passivo, aquele que estaria por detrás dos racionalistas e empiristas (cf. *Para a Reconstrução...*, p. 113).

⁶³⁷ Para o sociólogo norte-americano Talcoot Parsons, toda ação humana, pelo menos as significativas, poderia ser encaixada dentro de estruturas fixas, donde seria possível prospectar uma arquitetura funcional (cf. Michel Lallement, *História das Ideias Sociológicas. De Parsons aos Contemporâneos*, trad. por Ephraim F. Alves, 3ª ed., Petrópolis, 2008, p. 144). Basicamente, o modelo de Parsons distribui a ação humana dentro de quatro categorias de funções - *adaptação/objetivo/integração/cultural*. Acontece que Parsons não se aprofunda na

a emancipação do homem será alcançada pela linguagem, que não só serve de *medium* à configuração da realidade, como também de vetor relacional entre os membros de uma sociedade⁶³⁸. Enquanto Parsons procurava focalizar em modelos que valorizavam a ação individual dentro de estágios que deveriam se organizar em equilíbrios cooperativos⁶³⁹ como alternativa aos modelos contratuais clássicos que foram surgindo a partir de Hobbes⁶⁴⁰, Habermas acredita que devemos alcançar estágios de consenso⁶⁴¹. Não se está a falar aqui de leituras de consenso que se vinculam à teoria política da democracia, mas num consenso de comunicação racional onde todos estariam dentro de uma escala moral, em que as regras de conversação e comportamento não gerariam atrito intersubjetivo⁶⁴²⁻⁶⁴³.

Nesse estágio de convivência moral, quando a verdade passaria a imperar, inexistindo discórdia quanto à correção do processo de conversação entre os homens⁶⁴⁴, corresponderia àquela etapa em que os sujeitos se comportariam como se estivessem no último nível de evolução moral na escala de Kohlberg⁶⁴⁵. Mas mesmo que Habermas compreenda que somente um modelo teórico que consiga projetar-se sobre o discurso prático seja capaz de promover a elevação do homem na escala moral de Kohlberg, sua proposta negligencia qualquer aproximação com a argumentação jurídica, pois entende que os discursos realizados nos tribunais têm natureza estratégica e rivalizante⁶⁴⁶. O curioso é que mesmo que alguma ponte pudesse ser feita entre os planos de sua teoria da argumentação e o direito pelo apoio de

forma como essas quatro estruturas se controlam. Para uma análise sobre as influências de Parsons, cf. Mario G. Losano, *Sistema e Estrutura no Direito*, vol. 3: *Do século XX à pós-modernidade*, trad. por Carlo Alberto Dastoli, São Paulo, 2011, pp. 316-320. Em relação às influências cibernéticas, cf. Talcott Parsons, *On Building Social System Theory: A Personal History*, "Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Science", 1970, p. 831.

⁶³⁸ Compreende que, além da inteligibilidade, condição *sine qua non* à sua teoria, faz-se necessário configurar a estrutura dessa linguagem a fim de estar em conformidade com uma pretensão de verdade com a natureza externa e uma pretensão de correção na relação intersubjetiva (cf. Cláudio Ferreira Costa, *Filosofia da Linguagem*, Rio de Janeiro, 2002, pp. 52-53).

⁶³⁹ Cf. Talcott Parsons, "Uma Visão Geral", in *A Sociologia Americana: Perspectivas, Problemas, Métodos*, Talcott Parsons (org.), trad. por Octavio Mendes Cajado, São Paulo, 1968, p. 370.

⁶⁴⁰ Cf. Guy Rocher, *Talcott Parsons e a Sociologia Americana*, trad. por Olga Lopes da Cruz, Rio de Janeiro, 1976, p. 42.

⁶⁴¹ Cf. Jürgen Habermas, *Para a Reconstrução...*, pp. 219-225.

⁶⁴² *Ibidem*, pp. 49-75.

⁶⁴³ V. *infra*, nº 250.

⁶⁴⁴ Haveria ainda uma terceira; pretensão de sinceridade, que diz respeito à utilização interna, subjetiva, da linguagem (cf. Cláudio Ferreira Costa, *Filosofia...*, pp. 52-53), mas, por não ter pertinência com nossa abordagem, deixaremos de fora.

⁶⁴⁵ V. *infra*, nº 250.

⁶⁴⁶ Ainda que nessa fase do agir e do comunicar ético se possa presumir como desnecessário o direito, Habermas não consegue explicar como, até nesse ponto, este seria importante na construção desse universo moral. Alexy reconhece que Habermas teria mudado de opinião ao considerar que o direito comportaria como jogos de linguagens estratégicas (cf. Robert Alexy, *Teoria da Argumentação...*, p. 215). Fato é que no tocante a esse plano da argumentação, em adição à sua teoria da comunicação, o autor nos remete, sem mais detalhamentos, à teoria elaborada por Alexy (cf. Jürgen Habermas, *Direito e Moral*, trad. por Sandra Lippert, Lisboa, 1992, pp. 32 ss.).

institutos como o princípio da dignidade, notamos que Habermas vê essa categoria normativa com certa desconfiança na dogmática jurídica⁶⁴⁷.

Mesmo não estando diante de uma teoria da argumentação que consiga ser transportada facilmente à teoria do direito, sua análise se faz importante em razão não só da elevada influência que Habermas exerce sobre o mundo jurídico, como também sua obra se consegue localizar várias premissas que têm correspondência com as premissas já incorporadas ao discurso judicial. Se se disse que no Oriente a argumentação retórica seguiu um desenvolvimento paralelo com o Ocidente, calha observar que foi na China que essa retórica, naquele momento, evoluiu e antecipou algumas das diretrizes introduzidas por Habermas. Já naquela oportunidade se percebia o processo de comunicação, como instrumento que não se desvincilhava da doutrina moral e política, não poderia preterir uma teoria da linguagem caso se quisesse manter o sistema social em funcionamento⁶⁴⁸.

8.1. Formulação teórica

Habermas, dois anos após a publicação de sua teoria do agir comunicativo, aparece com a obra *Consciência Moral e Agir Comunicativo* com a proposta de colocar a moral como guia mestra para uma sociedade democrática que procura operar conceitos como liberdade e a autonomia livre de obstáculos. À partida, nota-se que sua intenção vislumbra o plano sistêmico ou algo que se assemelhe à arquitetura do contrato social, pois destaca a inocência de Kant ao imaginar que seria pelo exercício individual, por meio de reflexões orientadas pelos juízos *a priori*, que o parâmetro do agir correto seria alcançado na sociedade⁶⁴⁹. Afinal, para Habermas, é somente pelas relações dialógicas, parametrizadas em princípios morais, que uma efetiva feição democrática teria aptidão de surgir⁶⁵⁰.

Se outrora Kant se perguntou “o que devo fazer?”⁶⁵¹, colocando-nos diante da tarefa de encontrarmos os conteúdos corretos para realizar esse agir⁶⁵², Habermas percebe que não é necessariamente o conteúdo, mas a forma que se interage com o outro, que devemos valorizar

⁶⁴⁷ Cf. Jürgen Habermas, “El Concepto de Dignidad Humana y la Utopía realista de los Derechos Humanos”, in *Diánoia*, vol. LV, nº 64, 2010, p. 19 (disponível online).

⁶⁴⁸ Cf. Marcel Graner, *O Pensamento...*, p. 271.

⁶⁴⁹ Cf. Jürgen Habermas, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, trad. por Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro, 1989, pp. 17 ss.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁵¹ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*, trad. de Lucimar A. Coghi Anselmi/Fulvio Lubisco, São Paulo, 2009, p. 507.

⁶⁵² Cf. Jürgen Habermas, *Consciência...*, p. 65.

dentro dos sistemas sociais⁶⁵³, ou melhor, todos nós devemos agir de forma cooperativa, o que se atinge a partir do momento que se comporte segundo o princípio universal “U”. Habermas esclarece que para que isso ocorra devemos superar algumas etapas:⁶⁵⁴ (a) Identificar “U” em realidades marcadas pelo pluralismo axiológico; (b) Compreender se “U” não seria a mesma coisa de uma “falácia etnocêntrica”⁶⁵⁵; e, (c) encontrar roteiros para desviar do trilema de Münchhausen.

Habermas reconhece que Apel desobstruiu grande parte desses problemas ao nos remeter a uma reconfiguração transcendental pela “pragmática linguística”.⁶⁵⁶ Aqui o interessante é que não se faz necessário enveredar na busca da última fundamentação, aquela que legitimaria todas as formas de discurso e sua consequencial ação. Apel cessa esse avanço retrospectivo da fundamentação moral original, aquela que serviria para parametrizar nossas ações, na medida em que “o teórico da argumentação torna-se consciente da autorreferibilidade de sua argumentação [...] da mesma maneira que o teórico do conhecimento se torna consciente da autorreferenciabilidade de seu conhecimento.”⁶⁵⁷

Dessa maneira, quer-se dizer que o estágio de validação da agir comunicativo passa a ser autorreferente. Não deixa de ser curioso que Habermas retorne a uma etapa do racionalismo ao superar o trilema de Münchhausen pela referibilidade ao “*cogito ergo sum*” de Descartes (1596-1650)⁶⁵⁸. O que não significa associar “U” de derivações de pouca significação, como as que podemos derivar de princípios como igualdade ou equidade. Seu construto, por ser eminentemente pragmático, prega que as normas da moral, já que não se pode falar na existência de uma moral, mas teorias sobre a moral, devem localizar sua identidade nos discursos praticados pelos homens. E, como essas práticas acabam se alterando no curso da história, a cada fase da humanidade é possível falar numa etapa dessa moral-prática⁶⁵⁹.

Nesse aspecto, a teoria sobre a moral de Habermas assenta-se no processo comunicacional entre os homens. É aqui, nesse fluxo da comunicação, que não se dissocia da ação, é que a teoria moral do momento deverá ser desvelada, sendo o princípio “U” o último estágio, o estado da perfeição. Se antes o pensamento, agora a comunicação. Nisso Habermas se alinha ao plano lógico-semântico de Robert Alexy, que entroniza três regras para a perfeita

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, pp. 98 ss.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 100.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 109.

trafegabilidade da comunicação, como aquele que emite uma mensagem não pode contradizer-se. Ou ainda, se se utiliza um predicado para determinado objeto, essa predicação deve ser expandida em caso de objetos semelhantes. Por fim, um mesmo signo linguístico não pode ter variações de sentidos⁶⁶⁰. Na intenção de tornar isso mais próximo do direito, podemos dizer que isso pode significar que ao se adotar um conteúdo X da dignidade num determinado contexto Y, tem-se que esse conceito deverá manter-se inalterado se o contexto for replicado, mesmo que os sujeitos que se predicam desse conteúdo sejam diferentes.

Fato é que Habermas percebe que nesse processo de comunicação haveria um *quantum* ético que não poderia ser negligenciado. Pois, a partir do momento que a parametrização do discurso se nivela, correspondendo ações no mundo real que acabam priorizando o mútuo entendimento, por si só já estaria subjacente a ideia de uma ética dialógica⁶⁶¹. De todo modo, Habermas compreende que esse estado de comunicação ideal reclama estruturas específicas, de tal forma que se evite fugas que desestabilizem o discurso. Basicamente o que se propõe, e isso têm similitudes com a dimensão democrática, que todos podem participar do discurso, inclusive introduzindo novas perspectivas, não sendo lícito qualquer tipo de coerção àqueles que pretendam exercer essa faculdade⁶⁶².

Habermas compreende que esse arranjo estrutural, para ser aceito pelos falantes, exige que valores culturais intersubjetivos sejam validados pelo interesse universal de dada comunidade⁶⁶³. Outra forma de dizer é que as questões práticas só podem ser discutidas em uma perspectiva de valores que se moldaram ou se moldariam pelo consenso.⁶⁶⁴ Essa leitura é interessante na proporção em que o próprio Habermas reconhece o perigo que subjaz nessa conclusão, afinal, até mesmo os direitos fundamentais, reconhecidamente como vetores de orientação conquistados na efervescência histórica, poderiam representar tão só valores reflexivos de interesses momentâneos, carecedores de atualização⁶⁶⁵. O que não quer dizer que valores morais tidos como universais não possam ser racionalizados e colocados para compassar a ação e o agir moral, associando essa inferência ao estágio pós-convencional de Kohlberg⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 112.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 126.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 127-128.

⁶⁶⁶ V. *infra*, n° 250.

8.2. Análise crítica

Apesar de Habermas correlacionar os estágios do desenvolvimento moral de Kohlberg a sua teoria do agir comunicativo, observamos que se limita a utilizar as investigações deste último como confirmação de suas próprias ilações, ou seja, para confirmar que o princípio “U” pode ser operável dentro do estágio pós-convencional da moral.

O problema é que ao se trabalhar com cenários ideais de comunicação, quedando-se inerte na apresentação de metodicas operativas para que se alcance esse nível, seu modelo tem pouca funcionalidade prática. Ainda que Habermas proponha, como forma de estabilizar o discurso dessas perturbações empíricas, a institucionalização dos discursos⁶⁶⁷, o jusfilósofo Klaus Günther percebe que para a participação de todos no discurso seria preciso admitir uma invariação do tempo e das experiências⁶⁶⁸, situações que não podem ser estabilizadas.

9. Teoria da argumentação em Manuel Atienza

Atienza elabora sua teoria da argumentação jurídica concentrando-se em três planos da linguagem. Embora esses três só possam ser ativados ou manejados conjuntamente, dissecamos didaticamente nas dimensões formal, material e pragmática. O que acaba nos colocando diante de outras perspectivas. Pois, se com sua concepção formal da linguagem somos aproximados da lógica aristotélica clássica⁶⁶⁹, pela sua concepção material coloca-nos diante do conteúdo que preenche o signo jurídico⁶⁷⁰. É partindo deste ponto que nos leva a compreender que coube a Dworkin, por meio da formulação de seus princípios, não só destravar essa dimensão para se ter maior contato com a realidade pragmática, como foi ele, tempos, depois, quem instituiu mecanismos de controle por meio das regras de coerência e integridade⁶⁷¹.

Neste sentido, Atienza nos revela que o aplicador da norma, ideia que já se afigurava óbvia desde Reale, não se desconecta por completo dos valores e das intenções que o circundam. O grande desafio que se apresenta, então, seria como eleger os fundamentos adequados ao processo de argumentação.

⁶⁶⁷ Cf. Jürgen Habermas, *Consciência...*, p. 115.

⁶⁶⁸ Cf. Klaus Günther, *Teoria...*, pp. 36-38.

⁶⁶⁹ Cf. Manuel Atienza, *O Direito como Argumentação*, trad. de Manuel Poirier Braz, Lisboa, 2013..., pp. 141-231.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, pp. 233-241.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 243.

9.1. Formulação teórica

9.1.1. Concepções formal e material da argumentação

Como já dito, a concepção formal corresponde à lógica formal aristotélica, onde se *X*, então *Y*. Tal como Toulmin e MacCormick, não nega a importância dessa arquitetura formal do raciocínio, sobretudo porque conceitos como validade/invalidade, ligados às normas de reconhecimento, têm aqui seu fundamento. É a partir desse ponto que Atienza procura avançar na tentativa de introduzir premissas ou razões capazes de operar em níveis como bons ou ruins, justos ou injustos⁶⁷². Seguindo por aqui, na tentativa de familiarizar-se com conceitos e fenômenos que se associam à prática, acaba por se aproximar de teóricos da *common law*, como Summers, Raz e Dworkin.

Apesar da sutileza, Atienza compreende que a junção desses planos formal e material, representados por esquemas que partem de “se *X*, então *Y*” (formal) para “*X*, logo *Y*” (material)⁶⁷³, acabam colocando o operador do direito dentro de um agir prático. Não significa com isso que o raciocínio jurídico esteja correlacionado invariavelmente a uma ação, já que devemos vê-lo como uma teoria da potencialidade da ação, no sentido do dever deôntico – obrigatório, permitido, proibido ou facultativo⁶⁷⁴. Como se aproxima de construtos da *common law*, quer-se dizer com isso que a composição das premissas ou razões do argumento jurídico não se desvencilha dos elementos anímicos, como desejos, preferências e valores, o que não pode ser confundido com uma dimensão solipsista⁶⁷⁵.

De qualquer forma, o ponto nodal da concepção material são suas razões (premissas boas), que tanto podem servir para justificar algo, como para provocar uma ação⁶⁷⁶. Com essas características, podemos encontrar tais razões não só no mundo exterior, na dimensão subjetiva (valores, emoções, p. ex.), como também nas instituições⁶⁷⁷. A questão que se impõe seria como localizar, dentro de universos controlados epistemologicamente, tais razões ou premissas. Admite que muitos enunciados seriam construídos na *práxis*. Mas também haveria aqueles enunciados “não-práticos”, que se limitam às definições entronizadas na norma cuja

⁶⁷² *Ibidem*, p. 233-235.

⁶⁷³ *Ibidem*, pp. 245-254.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 254.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, pp. 256-257.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, pp. 261-262.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, pp. 262-267.

finalidade consistiria em encontrar razões imediatas para deflagrar uma ação⁶⁷⁸. Como exemplo cite-se o conceito de vida que, se em si não é uma razão, serve como referência para ativar normas criminais que têm como escopo proteger esse patrimônio jurídico. Ao lado desse plano, haveria normas e valores que seriam enunciados práticos, constitutivos para ações⁶⁷⁹. Por exemplo, ao se sustentar que o princípio da dignidade integra dada Constituição, se têm razões suficientes para expurgar do ordenamento as penas cruéis. Em face disso, Atienza observa que os valores não só se apresentariam como fundamento, bem como se afigurariam como deflagradores para a ação⁶⁸⁰.

Atienza compreende que essas dimensões da linguagem podem operar de forma dinâmica. Numa feição endossistêmica, as premissas maiores conteriam razões jurídicas que, por vezes, podem ser bloqueadas, conformadas ou mesmo derogadas pelos princípios, cuja projeção de ação adviria pela subsunção ou eventualmente pela flexão dos próprios princípios. Embora Atienza realize toda uma classificação normativa, limitar-nos-emos a dizer que, ao se aproximar de Alexy, entende que os princípios seriam razões operativas não peremptórias, ou seja, restringem-se a indicar um sentido não concludente ao seu operador, não abrindo mão da técnica da ponderação nos casos de conflitos⁶⁸¹. Essa compreensão dinâmica esforça-se para não se descolar da realidade, já que se socorre da *práxis* e das contingências, propiciando interfaces com as razões “extrassistemáticas”⁶⁸².

É aqui que essa pauta extrassistêmica, composta por fatores psicológicos, máximas das experiências, fatos científicos e atos institucionais, seria entronizada na premissa normativa. Atienza, cômico de que deve metodizar a escolha das razões, visto que muitas podem ser-lhe apresentadas, acaba revisitando fenômenos como aplicação, interpretação e validade⁶⁸³. Nisto, enquanto a aplicação é correlacionada ao conceito formal da linguagem, pois cabe ao intérprete verificar a norma que deve ser aplicada no caso concreto, toma o plano da validade distanciando-se do conceito da norma de reconhecimento de Hart, já que se dirige à aferição do conteúdo dessas razões, como respeitabilidade aos princípios fundamentais e aos direitos humanos. Entretanto, não fica só nesse estamento, tendo em vista também reconhecer a importância das razões institucionais⁶⁸⁴, muito embora ainda assim não consiga apartar por completo o seu operador da fuga solipsista. Pois, apesar de os princípios gozarem de certa

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 277.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 279.

⁶⁸⁰ *Ibidem*

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 282.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 286.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 294.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, pp. 302-311.

hierarquia, pode ser que, em razão de objetivos sociais e em circunstâncias excepcionais, essa preferência seja afastada⁶⁸⁵.

9.1.2. Concepção pragmática da argumentação

Atienza percebe que a argumentação não se refere só a um resultado aritmético, como também a um processo pelo qual a dimensão material não pode alijar-se hermeticamente da realidade. Afinal, estando o intérprete no mundo, uma dimensão pragmática, com efeito, projeta-se sobre a linguagem⁶⁸⁶. Com esse tipo de invasão ao mundo fenomênico, observa que esse tipo de argumentação pragmática pode se ver matizada de duas formas, retórica e dialética. Neste perfil, a argumentação pragmática seria construída no formato tese-antítese⁶⁸⁷. Ainda que associe esse perfil à filosofia platônica e sua dialética para descoberta da verdade⁶⁸⁸, deve-se entendê-la como sendo um roteiro cooperativo na construção da decisão judicial. Já no perfil retórico, os efeitos da argumentação partem de um único orador com o fito de atingir o auditório⁶⁸⁹, muito próximo à ideia de Perelman.

9.3. Análise crítica

A formulação da argumentação de Atienza pouco acrescenta, já que as mesmas críticas lançadas contra Alexy aqui se encaixam perfeitamente, pois só coloca o fenômeno da ponderação em outro nível. Na dimensão material não consegue metodizar como os princípios devem ser sopesados, pelo menos nada difere do proposto por Alexy. Enquanto que na dimensão pragmática sinalize que, no Estado Constitucional de Direito, a decisão judicial deve ser elaborada de forma cooperativa entre os atores processuais, não escoima daí limites ou mecanismos epistemológicos para evitar a “tirania dos valores”, como vêm sendo percebidos pelos processualistas que seguem por esse caminho⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 311.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, pp. 330-331.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 335.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 336.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 335.

⁶⁹⁰ Trata-se de uma realidade que vem sendo trabalhada pela doutrina moderna processual (cf. Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, São Paulo, 2009, pp. 101-103 e 134-141), muito embora não deixe de ser encarada como reflexiva da teoria dos valores no processo civil (*ibidem*, pp. 46-47). Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 3ª ed., São Paulo, 2010, pp. 59-62; do mesmo autor, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª ed., São Paulo, 2009, pp. 117-126.

10. Conclusões do capítulo

Percebemos que, por intermédio do processo de argumentação, o direito tem tentado localizar as razões que o justifiquem. Sob esse ângulo, razões e argumentação podem até mesmo ser encaradas como face do mesmo fenômeno. E, por mais incrível que possa parecer, mesmo sabendo que a *common law* seguiu por caminhos distintos daqueles trilhados pela *civil law*, não podemos concordar com a ideia de que o raciocínio jurídico que lhe animou os primórdios, com a desprestigiada organização e coleta de *ratio decidendi* por meio de livros (*year books*)⁶⁹¹, tenha significado a escolha de um algoritmo lógico bem diferente daquele que marcou o raciocínio jurídico do continente. Sem dúvida, o positivismo procurou controlar o raciocínio humano com mais vigor, mas isso não quer dizer que estejamos diante de arquiteturas lógicas, no sentido aristotélico do termo, tão distantes quanto se queira imaginar.

Mesmo se localizando distante no tempo, de alguma forma ou outra os operadores do direito tentam prospectar na lógica aristotélica variações que auxiliem a Ciência do Direito nesse mundo moderno. O curioso é que já não bastassem as dúvidas que são lançadas sobre a inteireza do cânone aristotélico, já que sua passagem pela dogmática eclesiástica pode ter desconfigurado o projeto original de Aristóteles⁶⁹², percebe-se que todos os esforços empreendidos acabam recuperando tudo aquilo que outrora se procurou expurgar da argumentação sofista⁶⁹³. Não se mostra muito difícil enxergar em Górgias (485 a 480 a.C.) traços do pragmatismo⁶⁹⁴ ou em Protágoras (492 a.C.-) o auditório universal de Perelman⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Cf. H. H. A. Cooper, “La Jurisprudencia Inglesa”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 137, Concepción, 1966, pp. 2-16.

⁶⁹² Cf. Olavo de Carvalho, *Aristóteles em Nova Perspectiva: Introdução à Teoria dos Quatro Discursos*, Campinas, 2013, pp. 21-36.

⁶⁹³ Não se pode dizer que exista um movimento sofista, senão se pudermos colocar todos aqueles que, cada qual a seu modo, difundia o saber no período pré-socrático (cf. Gilbert Romeyer-Dherbey, *Os Sofistas...* pp. 117). Por vezes eram associados a poetas, por vezes a professores (cf. W.K.C. Guthrie, *Os Sofistas*, trad. por João Resende Costa, São Paulo, 1995, pp. 31-38). Admite-se que esse movimento teve seu início em Protágoras (492 a.C. -). Com a tese subjetivista de que o homem é a medida de todas as coisas (cf. Gilbert Romeyer-Dherbey, *Os Sofistas...*, p. 23), como o conhecimento se faz relativo, o discurso só pode ser tornar “forte” se for externado e comungado por todos (*ibidem*, p. 26). Górgias compreendia que o discurso seria mera ilusão justificada (*ibidem*, p. 44), não sem razão, já que era pragmático (*ibidem*, p. 49). Górgias dizia que a arte da persuasão, em termos de eficiência, suplantaria até mesmo a violência (cf. W.K.C. Guthrie, *Os Sofistas...*, p. 181). Nesse aspecto, o que os sofistas tinham em comum, já que cada qual investia numa arte do saber, era, no aspecto retórico, a arte de convencer ainda que por ilusão (*ibidem*, pp. 170-171).

⁶⁹⁴ Cf. Gilbert Romeyer-Dherbey, *Os Sofistas...*, pp. 35-51.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, pp. 13-34.

CAPÍTULO III – OS PRINCÍPIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE UMA REALIDADE SISTÊMICA

1. Proposta do capítulo

No Capítulo I dedicamo-nos a reposicionar e precisar alguns conceitos e fenômenos que somente em aparência se afigurariam óbvios, dentre eles a leitura dos princípios fundamentais sob a ótica da teoria da linguagem. Naquela oportunidade foi revelado que esses princípios exerceriam a função correlata de uma metalinguagem-sintaxe dentro do processo comunicacional, algo que, num primeiro instante, não se preocuparia essencialmente com o conteúdo desse vetor.

Contudo, devemos reconhecer que pouco se tem compreendido acerca desse fenômeno que, recentemente, foi capturado e plastificado na categoria dos direitos fundamentais, muito embora tenha sido com o surgimento da teoria constitucional que passamos a ter maiores chances de avançar nessa seara. Afinal, foi deste momento em diante que uma nova teoria epistemológica se apresentou ao funcionalizar com mais clareza conceitos como estrutura e organização sistêmica, elementos que não deixaram de ser recebidos pela teoria constitucional⁶⁹⁶.

Por conseguinte, no presente capítulo devotaremos nossa atenção a aprender como a dinâmica dos princípios fundamentais passou a se relacionar com a estrutura do contrato social, perspectiva somente tangenciada nos capítulos anteriores, já que somente assim saberemos até onde poderemos explorar na perspectiva do devir.

⁶⁹⁶ Outra forma de correlacionar e visualizar as teorias da constituição, epistemológica e do Estado é avançar sobre três figuras que se concatenam e são caras à construção chilena: *unidade*, *organização* e *estrutura*. De fato, como a noção de unidade já coincide com o senso comum, sendo gênero da qual faz parte o organismo, nossa finalidade será delimitar os outros conceitos. *Grosso modo*, *organização* pode ser entendida como “(...) uma unidade [que diz respeito] às relações entre os componentes que justificam a classificação da unidade” (cf. Humberto Maturana, “O que se Observa depende do Observador”, in *Gaia – Uma Teoria do Conhecimento*, Willian Irwin Thompson (org.), trad. por Silvio Cerqueira Leite, 4ª ed., São Paulo, 2014, p. 68) e, correspondendo *estrutura* como a forma e o modo como se operam esses componentes dentro da unidade destacada (*ibidem*, p. 69). Apesar de afastado deste tipo de abordagem, não é apenas coincidência que Jorge Miranda coloque que as Constituições exerçam funções de *estruturação* e *organização* da unidade estatal (cf. Jorge Miranda, *Teoria...*, p. 165), aproximando a teoria epistemológica sistêmica da teoria constitucional.

2. Notas introdutórias ao capítulo

Tornou-se lugar-comum atribuir o ponto de partida dos direitos fundamentais a fase iluminista, sendo correlacionada às Revoluções Americana e Francesa⁶⁹⁷. Mas não podemos negar, como já vem sendo insuflado por aqui, que esses marcos não seriam nada além de etapas significativas de uma evolução diacrônica cujas origens foram perdidas em algum ponto que só interessa à antropologia jurídica indicar. Como apreendem Jean Rivero e Hugues Moutouh, estes momentos representaram o encontro com uma fórmula que possibilitou sua clarificação na história⁶⁹⁸. Para Erhard Denninger, referindo-se à *Sobre a Paz Perpétua de Kant*, se um dia, a teoria do Estado valeu-se da teoria da Constituição para seguir em frente, esse momento foi revelativo de sua inversão, quando todo o protagonismo passou a ser depositado na dogmática constitucional para que continuássemos cursando pela história⁶⁹⁹.

E, se assim o é, precisamos entender o que de importante acabamos não percebendo no processo diacrônico que encontrou nas revoluções oitocentistas apenas uma fase.

2.1. O que deixamos escapar das revoluções oitocentistas?

Para começarmos a entender o que ficou de fora, partimos da percepção de Hannah Arendt, para quem a força capaz de movimentar as insurreições humanas está sempre localizada nos interesses que despertam relevância num ponto da história⁷⁰⁰. Entretanto, não se trata de um fenômeno tão simples e evidente, pois, o fato de Jellinek notar que a redação das cartas oriundas das Revoluções Americana e Francesa muito se igualem no conteúdo e

⁶⁹⁷ Cf. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. por Antônio Francisco de Sousa/Antônio Franco, São Paulo, 2012, p. 37; Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, 2010, pp. 21 ss.; Gilmar Ferreira Mendes/Inocência Mártires Oliveira/Branco, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2009, pp. 265-266.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo, 1999, pp. 13-15; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., São Paulo, 2015, pp. 574-576.; José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais, 2011, p. 11.

⁶⁹⁸ Cf. Jean Rivero/Hugues Moutouh, *Liberdades Públicas*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, 2006, pp. 35 ss.

⁶⁹⁹ Cf. Erhard Denninger, “Derecho y Procedimiento Jurídico como Engranaje em una Sociedade Multicultural”, in *Derecho Constitucional para la Sociedade Multicultural*, trad. por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 2013, pp. 31-35.

⁷⁰⁰ Cf. Hannah Arendt, *Sobre a Revolução*, trad. por Denise Bottmann, São Paulo, 2011, p. 49.

estilo⁷⁰¹ de modo algum nos permite concluir que a mobilização de tais levantes foi patrocinada por coincidências interessantes, como já observado por Alexis de Tocqueville⁷⁰².

Acredita-se que se formos capazes de explorar as diferenças desses contextos talvez nos seja possível captar a engenharia que desde sempre vem operando e equilibrando as relações sociais e que, por razões conjunturais, foram sedimentadas sob o rótulo de direitos fundamentais na modernidade, como se essa estabilização pudesse nos disponibilizar o bulário para todo e qualquer desequilíbrio no devir.

O interessante é que ao descolarmos os princípios fundamentais do invólucro dos direitos fundamentais, como outrora já o fizeram Ferrajoli⁷⁰³, e mais timidamente Jorge Miranda⁷⁰⁴, pode-se vislumbrar a dinâmica desse substrato. Algo que Carlos Ayres Britto passou a identificar como humanismo, que traduz como uma força operativa que tem se desenvolvido de forma gregária, tendo passado pela *Magna Charta Libertatum*⁷⁰⁵ e ganhado corpo no constitucionalismo moderno⁷⁰⁶. Arendt, por outro lado, percebe que esse movimento de reorientação pode ser apreendido desde os gregos, para quem a mutabilidade era inerente e tida como normal no processo de desenvolvimento dos sistemas sociais⁷⁰⁷. No entanto, para Arendt se até recentemente esse conceito de revolução importava consigo a ideia de reequilíbrios, como ocorreu com a Revolução Gloriosa de 1668⁷⁰⁸, a grande modificação surgida a partir da Revolução Francesa, e que muitos não captam, foi o fato de até aquele momento esses reequilíbrios passaram a buscar não mais o reposicionamento dos estratos sociais, mas a troca de posições de poder dentro da arquitetura societária⁷⁰⁹.

Foi a partir deste momento que se entronizou o código para que uma multidão, até então passiva e espectadora do mundo, pudesse se retirar do ostracismo e reclamar novas posições dentro do contrato social⁷¹⁰. No aspecto da estrutura, isso significou a substituição da antiga tríade de sustentação do contrato social – religião, tradição e autoridade – ⁷¹¹ pela figura do homem. Tanto que Sieyès observa que a Revolução Francesa, emblemática na

⁷⁰¹ Cf. Georg Jellinek, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno*, trad. por Emerson Garcia, São Paulo, 2015, pp. 63-65.

⁷⁰² Cf. Alexis de Tocqueville, *A democracia na América: Sentimentos e Opiniões*, livro II, trad. por Eduardo Brandão, 2ª ed., São Paulo, 2014, pp. 21-22.

⁷⁰³ V. *infra*, nº148.

⁷⁰⁴ V. *infra*, nº 23.

⁷⁰⁵ Cf. Carlos Ayres Britto, *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, 2010, p. 20.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁰⁷ Cf. Hannah Arendt, *Sobre a Revolução...*, p. 55.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, pp. 92 ss.

⁷¹⁰ Cf. Boaventura de Sousa Santos, *Renovar...*, pp. 17-19.

⁷¹¹ Cf. Hannah Arendt, *Sobre a Revolução...*, p. 161.

regeneração da humanidade⁷¹², de nada servirá se não se propuser a conclamar a massa popular para validar a Constituição que se erigia como representativa do contrato social⁷¹³. De certo modo, era esse o código que animou a confecção da Constituição dos Estados Unidos, pois, ao encontrar uma nação que parte do zero, seu objetivo não foi necessariamente controlar o poder, mas estipular as regras de partida de um jogo que se iniciava, evitando-se com isso os desníveis sentidos quando a Inglaterra ainda ditava as regras⁷¹⁴.

Evidentemente que estamos diante de marcos significativos, mas os classificar como sendo demarcatórios da origem dos direitos fundamentais não é só desconhecer um fenômeno maior, bem como assumir um texto que não pode ser aplicado a todo o contexto. O que se pretende dizer é que se esses dois fenômenos se tornaram marcos de uma etapa da humanidade, não o foram por conta dos signos linguísticos que passaram a ser vazados nos textos representativos desse estágio de emancipação. Basta ver que todas as Constituições que foram inspiradas nessas redações logo se mostram inaptas para reproduzirem qualquer efeito outrora visto. Como nos sugere Robert M. Cover, a relação entre texto e contexto não pode ser simplificada⁷¹⁵. Não é outra a impressão quando se toma a Constituição brasileira de 1824 que, muito embora inspirada pelo Iluminismo francês, logo se constata que sua verdadeira intenção fundava-se em restaurar o *status quo*, nos mesmos moldes como acontecera com a Constituição francesa de 1814⁷¹⁶. E mesmo quando se tenta aproximar do texto norte-americano, a Constituição brasileira de 1891 não avança muito, já que acaba dando azo ao autoritarismo⁷¹⁷, algo similar ao ocorrido com a Constituição Chilena de 1833⁷¹⁸. O interessante é que essa ideia de adquirir receita pronta sem se ater ao contexto de sua elaboração se repete com a Constituição brasileira de 1946, depois da Segunda Guerra Mundial⁷¹⁹, em consonância com o mote daquele momento; “o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil.”⁷²⁰ Assim, enquanto o direito na antiga União Soviética rompe

⁷¹² Cf. Abade Sieyès, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, trad. por Emerson Garcia, 2ª ed., São Paulo, 2015, pp. 79-84.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 79.

⁷¹⁴ Cf. Hannah Arendt, *Sobre a Revolução...*, p. 188 ss.

⁷¹⁵ Cf. Robert M. Cover, “Nómos e Narração” in *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, trad. por Luis Rosenfield, v. 2, nº 2, julho-dezembro 2016, pp. 187 ss. (disponível online).

⁷¹⁶ Cf. Cláudio Pereira de Souza Neto/Daniel Sarmiento, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2016, pp. 98-108.

⁷¹⁷ *Ibidem*, pp. 110-116.

⁷¹⁸ Cf. Julio Parada Benovente, “La Constitución de 1833” in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 1, ano 1, Concepción, 1933, pp. 3-14.

⁷¹⁹ Cf. Cláudio Pereira de Souza Neto/Daniel Sarmiento, *Direito...*, pp. 131-142.

⁷²⁰ Cf. Aquino/Fernando Vieira/Gilberto Agostino/Hiran Roedel, *Sociedade Brasileira: Uma História Através dos Movimentos Sociais. Da Crise do Escravismo ao apogeu do Neoliberalismo*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2011, pp. 463 ss.

com esses idealismos sem concretude⁷²¹, Víctor García Toma percebe que em toda a América Latina o descolamento entre a Constituição e a realidade tornou-se uma constante⁷²².

2.1.1. O contrato social como razões do direito

Para prosseguirmos por essa seção, devemos recuperar a ideia de que o conceito que vem se utilizando para razões assemelha-se a fundamento, justificação ou sustentação, donde acaba gerando limites ao espectro da visão do operador do direito (plano epistemológico) e, por extensão, no cardápio de possibilidades que o direito pode se valer para interferir na realidade (legitimidade).

Lembremo-nos de que no Capítulo I tivemos a oportunidade de correlacionar a arquitetura do contrato social com a potencialização ou calibragem da força ilocucionária dos comandos constitucionais. A depender do contexto e da distribuição das forças numa dada sociedade, a força ilocucionária dos comandos constituições pode ser ativada de distintas formas. De certo modo, isso tem relação com a classificação ontológica de Löwenstein. Mas não só, pois, a depender da teoria filosófica que se busca apoiar, graus distintos de justificação podem ser sentidos. Com Hobbes a modulação dessa força foi transferida para o *Leviatã*, enquanto que com Austin transferiu para o soberano⁷²³, Hart procura despersonalizá-la ao vê-la na regra de reconhecimento⁷²⁴. Portanto, essa base filosófica tem correspondência de como se elege os atores constitucionais que terão a competência para ativar e calibrar a força dos comandos constitucionais na missão de fazer seu programa ganhar vida. Não é coincidência quando Carl Schmitt se aproxima de Hobbes e passa a defender, na obra *O Guardião da Constituição*⁷²⁵, que uma única pessoa, então representada da figura do *Führer*, seria o legitimado para buscar os valores incutidos na Constituição na tarefa de promover a conciliação dos diversos interesses que plasmavam na Alemanha nos momentos anteriores a Segunda Guerra Mundial⁷²⁶.

⁷²¹ Cf. M. A. Bechaux, *Las Escuelas Socialistas: Sus Doctrinas y sus Métodos de Acción*, trad. por Luis Adduard, Santiago, 1931, pp. 5-8; Luis E. Contreras Abuerto, “Alguns Aspectos de La Legislacion Civil Sovietica”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 77, Concepción, 1951, pp. 299-315.

⁷²² Cf. Víctor García Toma, *Teoría Del Estado e Derecho Constitucional*, Arequipa, 2010, pp. 785 ss.

⁷²³ Cf. Herbert L.A. Hart, *O Conceito...*, pp. 58-87.

⁷²⁴ *Ibidem*, pp. 111-135.

⁷²⁵ Cf. Carl Schmitt, *O Guardião da Constituição*, trad. por Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, 2007, pp. 207 ss.

⁷²⁶ Cf. Horacio-José Alonso Vidal, “Los Principios Implícitos: Su Relevancia en la Aplicación del Derecho”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 35, 2012, pp. 165 ss. (disponível *online*). No mesmo sentido,

Uma vez mais, podemos dizer que o projeto do contrato social acaba se confundindo com as razões do direito. Sob esse prisma, uma interessante leitura é a que nos permite Joseph Raz, para quem a aceleração da vida teve como resultado uma elevação nos atritos intersubjetivos, o que repercutiu na estruturação do contrato social como engrenagem eleita para coordenar esses plexos de relações nem tão uníssonas ou uniformes. Nessa configuração, o contrato social representaria um terceiro cujo escopo seria instituir bloqueios e marcos de ponderações entre as escolhas individuais⁷²⁷. Assim, mostra-se intrigante como Raz consegue colocar como injustificadas as críticas de Dworkin endereçadas a Hart. A desconfiança que aquele teve pelo fato de Hart não ter reconhecido os princípios como fonte de direito⁷²⁸ desaparece na medida em que se observa que este se limitou a compreender como o direito se portaria como razões de justificação tendo ao fundo a arquitetura do contrato social (plano abstrato)⁷²⁹. Portanto, a perspectiva de Dworkin estaria mais próxima daquele momento em que o direito é chamado a interferir concretamente, pela aplicação (plano concreto).

Ao enveredar em justapor esses planos, Raz acaba nos levando a apreender como o contrato social pode ser relacionado à teoria epistemológica. De fato, se para Kelsen o sistema jurídico se mostrava estável e verticalizado, onde a noção de pertencimento (validade) de uma norma deveria ser buscada noutra, àquela que a ascende na hierarquia⁷³⁰; em Raz, o abstrato e o concreto, que guarda íntima relação com os planos da validade e da eficácia⁷³¹, acabam conferindo um caro dinamismo ao sistema jurídico. Assim, se aquelas razões, outrora filtradas pelos mecanismos do contrato social e vertidas na norma jurídica, deixam de ter aderência ou funcionalidade na realidade, gerando toda sorte de injustiças, Raz compreende que a norma positivada vai sendo afastada⁷³², muito embora não consiga responder o que pode ser colocado no lugar quando a norma positiva é totalmente afastada, já que reconhece que conceitos como validade universal têm eficiência questionável⁷³³.

De todo modo, não podemos perder de vista que com Raz consegue-se compreender como a relação entre homem e contrato social pode ser vista de uma maneira dinâmica.

Mark Van Hoecke, "El Uso de Principios Jurídicos No Escritos por Los Tribunales", trad. por Josep Aguiló Regla, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 19, 1996, pp. 421-433 (disponível online).

⁷²⁷ Cf. Joseph Raz, *Razão...*, pp. 58-59.

⁷²⁸ Cf. Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*, trad. de Nelson Boeira, São Paulo, 2012, pp. 1-125.

⁷²⁹ Cf. Herbert L.A. Hart, *O Conceito...*, pp. 321 ss.

⁷³⁰ Cf. Hans Kelsen, "El Fundamento de La Validez del Derecho", in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 108, Concepción, 1959, pp.168-179 (disponível online).

⁷³¹ Cf. Joseph Raz, *Razão...*, pp. 75.

⁷³² *Ibidem*, p. 137.

⁷³³ Cf. Joseph Valor..., pp. 2-9.

2.2. Ponto de partida para compreensão dos princípios fundamentais

Na obra *Theoria Transcendental do Direito*, publicada em 1876 por João Theodoro Xavier, somos apresentados a alguns rabiscos aptos para colocarem os princípios fundamentais como engrenagem operativa no bojo do contrato social. Tal qual defendido por Jorge Miranda⁷³⁴, Xavier inova ao defender a ideia de que devemos ir ao direito natural para buscar valores universais de justiça, mas não qualquer valor, como se fosse possível identificar e prospectar padrões ideais ou absolutos para servirem de parametrização ao operador do direito. O que quer nos dizer é que seria no próprio direito, invólucro que contém de forma fragmentária as expressões do justo, que precisariam ser recuperados pela dogmática jurídica⁷³⁵. Mas mesmo que naquele momento não entronize tais ideias na dogmática, deixou roteiros que não podem ser desconsiderados. Pois, se as expressões de uma suposta revelação do justo universal não podem coincidir com os padrões abstratos dos estoicos⁷³⁶ ou mesmo na versão contemplativa do cristianismo⁷³⁷, Xavier intui que, no curso da história, haveria princípios éticos que acabam sendo revelados com o propósito de expurgar aqueles costumes que se enraízam no sistema de forma deletéria⁷³⁸. Costumes que, uma vez incorporados como *totens* estruturais do sistema social, naturalmente seriam amplificados, podendo colocá-lo numa marcha disfuncional⁷³⁹, afinal, é consabido que tanto o “bem” quanto o “mal” tendem a empurrar a história pelo móvel da utilidade⁷⁴⁰, ou por que não, os interesses em voga, como estaria por trás da jurisprudência dos interesses de Heck, ideia recuperada por Alexy.

É nesse contexto que enxerga que o direito precisa revelar sua faceta instrumental para permitir coexistências sem precisar socorrer-se dos planos absolutos para validação⁷⁴¹. Mesmo sem ter plena noção de seu movimento, Xavier se avizinha do perfil epistemológico que, tempos mais tarde, seria reconhecido como cibernética, cujo traço distintivo passa por compreender que as mensagens carregadas no processo de comunicação humano comportam-se de maneira circular, fenômeno que hoje se conhece por *feedback*. Assim, por *feedback*, harmonizando-se à forma circular que tratamos o plano semiótico abordado na seção 4.2.2 do I Capítulo (Fig. 2), devemos compreender todos os sistemas de comunicação onde as

⁷³⁴ V. *infra*, nº 22.

⁷³⁵ Cf. João Theodoro Xavier, *Theoria Transcendental do Direito*, Província de São Paulo, 1876, pp. 1-2 e 35.

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 275.

⁷³⁷ *Ibidem*, pp. 278-279.

⁷³⁸ *Ibidem*, pp. 228-229.

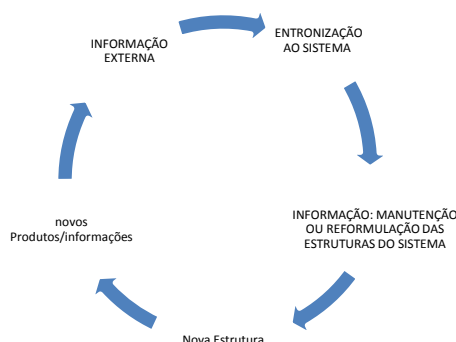
⁷³⁹ *Ibidem*, pp. 230-231.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 242.

⁷⁴¹ *Ibidem*..., p. 90.

mensagens percorrem um percurso circular e irrefreável (Fig. 8), em que etapas antecedentes alimentam a posterior, em um processo de retroalimentação⁷⁴². Característica consequencial do fenômeno é que entre essas viagens à própria comunicação acaba provocando reestruturações no sistema no qual opera⁷⁴³.

Fig. 8 – Funcionamento do mecanismo de retroalimentação



Mesmo que o direito positivo e o direito moral se afastem temporariamente, desde que não permita injustiças⁷⁴⁴, e aqui antecipa a fórmula de Radbruch⁷⁴⁵, reconhece que tal deslocamento jamais chega ao ponto de privar o direito positivo das influências pedagógicas que podem ser fornecidas por aquilo que, por falta de melhor designação, denomina de lei natural. Desse modo, a noção dos princípios éticos pressuposta por Xavier parte da ideia de que a relação entre o direito positivo e o direito natural é apenas uma questão de grau e modulação⁷⁴⁶, pois o direito natural nunca teria abandonado o sistema jurídico.

Mesmo que não pudesse imaginar, Xavier consegue nos aproximar dos estudos cibernéticos na medida em que nos permite modular essa relação direito natural e direito não-natural de tal maneira que se torna mais fácil compreender como a realidade interfere na estrutura do contrato social⁷⁴⁷. Embora essa temática, por ora abstrata, consiga haurir feições mais próximas do universo jurídico a partir do próximo capítulo, contornos mais palatáveis

⁷⁴² Cf. Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria Geral...*, p. 68.

⁷⁴³ Para ilustração, Lenio Luiz Streck/Martonio Mont'Alverne Barreto/Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, "A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações Constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional", in *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica Fundiopi*, 2008, pp. 45-68 (disponível online).

⁷⁴⁴ Cf. João Theodoro Xavier, *Theoria...*, p. 138.

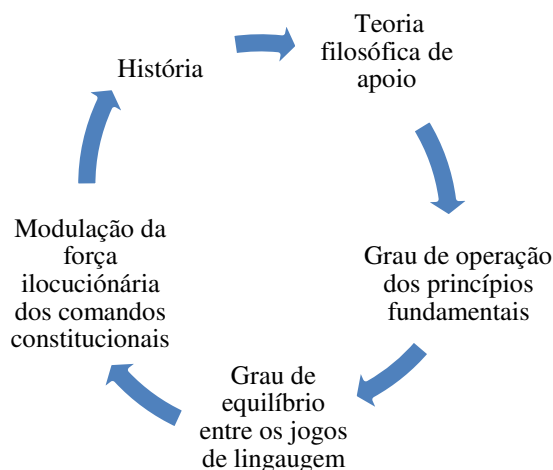
⁷⁴⁵ Cf. Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. II, trad. por L. Cabral de Moncada, 4ª ed., Coimbra, 1961, pp. 185 ss.

⁷⁴⁶ Cf. João Theodoro Xavier, *Theoria...*, pp. 138-157.

⁷⁴⁷ Cf. Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria Geral...*, p. 73; W. Ross Ashby, *Introducción...*, pp. 21, 46-47, 180 e 240-259.

podem ser conseguidos ao sobrepor a ilustração anterior, eminentemente cibernética (Figura 8), às linhas heurísticas tocadas por Xavier (Figura 9).

Figura 9 – Funcionamento do mecanismo de retroalimentação pelos princípios fundamentais



De qualquer forma, sabe-se que essa perspectiva ainda precisa ser aprofundada, conquanto no fundo o que estamos a propor é levar o operador do direito para universos pouco conhecidos, como a cibernética. Em especial precisamos entender como a pragmática ou o contexto consegue interferir na funcionalização dos referidos princípios fundamentais que, por sua vez, retornam para reverberar seus efeitos na realidade, não sendo outra coisa o que foi exposto na figura retro.

2.2.1. O contexto (pragmática) na calibragem da força dos princípios fundamentais

Para compreendermos como os princípios fundamentais operam, clarificando a idealização dos princípios éticos imaginados por Xavier, nada melhor do que nos debruçarmos sobre suas características reveladas na Revolução Francesa. Com essa intenção, não podemos esquecer que a força por trás dessa mobilização humana visava bloquear a persistente e institucional manutenção dos privilégios de uma aristocracia em um país esfacelado pelas dívidas. O Terceiro Estado, então sustentáculo econômico dessa França pré-revolucionária, não tardaria a rascunhar projetos para reconfiguração do poder, afinal,

representativa do poder econômico, que até estava admoestada num plano inferior, via motivos mais do que suficientes para reequilibrar os jogos de forças e ascender ao seu justo *status*⁷⁴⁸.

O que precisamos apreender é que tão logo se conseguiu esse novo estágio de harmonização de forças⁷⁴⁹, tal como é uma constante no teatro da história, essas forças tenderam em não ir além do reequilíbrio alcançado. Tanto que a não acomodação dos interesses despertados na massa popular pelos arquitetos da revolução não deixam de cobrar pelos anseios que lhe foram despertados a partir da Revolução de 1848⁷⁵⁰, já que, como nos mostra Edmund Burke (1729-1797), e parece ter conquistados adeptos como Hannah Arendt⁷⁵¹, em contraposição as ideias de Thomas Pine (1737-1809), a força por trás da revolução não era tão nobre como se poderia supor. Enquanto que, para Pine, o que se cobrava eram as expectativas não cumpridas do contrato social⁷⁵², Burke não via nada além de uns poucos interesses que, para ser levados a frente, precisariam contar com o apoio da massa da população⁷⁵³, aspecto que não deixa de ter um fundo de verdade, pois não passavam de uma das técnicas de utilização e controle da população imaginada tempos antes por Maquiavel (1469-1527)⁷⁵⁴. E, como observara Miguel Lemos, no ano de 1877, o grande mérito da Revolução Francesa havia sido destruir o *status quo*, mas teve o demérito de não deixar nada no lugar⁷⁵⁵. Não podemos nos esquecer das observações feitas por Fernand Lassale ao realizar uma conferência em Berlim no ano de 1862. Ainda sob os influxos das reivindicações por ajustes nos diversos subsistemas sociais que se viu na Europa após a Revolução de 1848, mostra-nos que, por conta desse vácuo, o texto acabou por se descolar da realidade⁷⁵⁶, desembocando em toda sorte de problemas num curto espaço de tempo.

Não sem razão que, mesmo sendo muito avançada para a época, a Constituição alemã de 1919, que não demorou muito a surgir, se por um lado se destacou por conter um cardápio de direitos sociais que sequer se viram transportados para a Lei Fundamental de Bonn de 1949, não teve êxito em aplacar a sorte de insatisfação popular que, uma vez administrada,

⁷⁴⁸ Cf. Georges Lefebvre, 1789 – *O Surgimento da Revolução Francesa*, trad. por Cláudia Schilling, 2ª ed., São Paulo, 2011, pp. 37-43.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁵⁰ Cf. Antônio José Avelãs Nunes, *A Revolução Francesa: As Origens do Capitalismo. A Nova Ordem Jurídica Burguesa*, Belo Horizonte, 2017, pp. 153-164.

⁷⁵¹ Cf. Hannah Arendt, *Origens do Totalitarismo*, trad. por Roberto Raposo, São Paulo, 2016, p. 189.

⁷⁵² Cf. Thomas Pine, *Direitos do Homem*, trad. por Edson Bini, Bauru, 2005, pp. 36-55.

⁷⁵³ Cf. Edmund Burke, *Reflexões sobre a Revolução na França*, trad. por José Miguel Nanni Soares, São Paulo, 2014, pp. 48 ss.

⁷⁵⁴ Cf. Nicolau Maquiavel, *O Príncipe*, trad. por Maria Lucia Cumo, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 15.

⁷⁵⁵ Cf. Miguel Lemos, *Pequenos Ensaios Positivistas*, Rio de Janeiro, 1877, p. 50.

⁷⁵⁶ Cf. Fernand Lassale, *O que é uma Constituição*, trad. por Inês Espada Vieira, Lisboa, 2013, p. 73.

acabou servindo como alicerce para que o regime *nazi* levasse a Alemanha à Segunda Guerra Mundial. *Mutatis mutandi*, fenômeno análogo ocorre com a Constituição mexicana de 1917, pois, não deixando de ter idêntico estigma de modernidade, não encontrou eco para se materializar, já que apresentada após um longo período de luta fratricida, pendendo sérias dúvidas acerca de sua legitimidade⁷⁵⁷. Basta dizer que vinha na esteira de uma expressiva instabilidade deixada pela Constituição de 1857, tida como ditatorial por juristas da época, como Emilio Rabosa. Inácio Burgoa, numa alusão à Lassale, comenta que, se fosse possível, Rabosa certamente iria se referir à Constituição de 1857 como sendo uma “hoja de papel”⁷⁵⁸.

Mas nada melhor para compreender o perfil de operação dos princípios fundamentais quando a história consegue nos oferecer exemplos que conseguem afastar todos esses agitos sociais que antecederam as Constituições mexicana de 1917 e a alemã de 1919. Ou seja, quando a força cultural, hábil em configurar as arquiteturas hierarquizadas do sistema social é minorada, o que torna mais clara a relação entre os planos semântico e pragmático dos comandos constitucionais. Exemplo recente fornecido pela historiografia mundial é o processo de emancipação norte-americano que, diferentemente do que se poderia imaginar, não foi justificado pelo fato dos estadunidenses serem tratados com indiferença ou como subalternos pelos ingleses, mas por sentirem o peso da transferência do custo econômico das aventuras do império transferido à colônia no caso conhecido como *Stamp Act*⁷⁵⁹. Nesse aspecto não se pode negar que a força que provocou a movimentação das placas tectônicas da história nos Estados Unidos e na França muito se assemelha e, portanto, não deve ser negligenciada. Como já apreendido por Ihering (1818-1892), a construção e a reconstrução do direito advêm do empuxo da viva força⁷⁶⁰ que, em ambos os casos, percebe-se quando a força política insiste em domesticar a força econômica⁷⁶¹.

Aspecto que deve ser destacado é que nesses estágios de reequilíbrios, invariavelmente, são sentidas reverberações nos institutos jurídicos que estruturam a dinâmica do contrato social, jogando-os para outro estágio de operação. Nos casos em tela, nota-se que foram recuperados elementos utilizados em insurreições testadas na Inglaterra do século XII, elevando-os a outros níveis de justificação, o que nem sempre se afigurou tão óbvio aos

⁷⁵⁷ Cf. Inácio Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*, 5ª ed., Ciudad de México, 1984, p. 335.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 330.

⁷⁵⁹ Cf. R. C. Van Caenegem, *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional...*, pp. 187-188.

⁷⁶⁰ Cf. Rudolf Von Ihering, *A Luta pelo Direito*, trad. por Mário de Méroe, São Paulo, 2002, pp. 2 e 76-77. Em sentido próximo, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, 2004, p. 31.

⁷⁶¹ Por esse raciocínio, dividir o poder como representatividade de apenas três nichos - político, econômico e ideológico como Bobbio faz, não seria prematuro? (cf. Norberto Bobbio, *Governo e Sociedades. Para uma Teoria Geral da Política*, trad. de Marco Aurélio Nogueira, 14ª ed., Rio de Janeiro, 2007, pp. 82-84).

operadores do direito. De fato, as propostas originais da *Magna Charta Libertatum* se afiguravam tímidas, longe da dimensão das fórmulas genéricas e humanitárias cujo verniz ganhou com o tempo⁷⁶², pois haviam sido cunhadas episodicamente para aplacar um pontual conflito entre o governo e a parcela dos detentores do poder. Instrumento que, logo após cumprir seu desiderato, caiu em esquecimento, pelo menos até ser, noutra investida pontual, novamente utilizada como mecanismo oposto ao absolutismo dos Stuarts no século XVII⁷⁶³. Nesse aspecto, se tempos mais tarde os norte-americanos a buscam para adotarem-na como base de sustentação para a Independência⁷⁶⁴, isso só nos mostra que o texto foi tão-só reflexivo da força pragmática que necessitava se legitimar, já que esse padrão evolutivo, depois de ter o gatilho disparado na história, procura se validar nos arsenais linguísticos disponibilizados pela historiografia oficial.

Não devemos nos surpreender com o fato de que a mesma chave (fenômenos pragmáticos) que abre a porta para que a arquitetura do contrato social se eleve a um novo estágio de equilíbrio, é a mesma que a fecha, depois de acomodar os interesses de plantão. De certo modo, foi isso que o positivismo tentou fazer com mais intensidade, ou seja, bloquear esse padrão de correlação entre os planos semânticos e pragmáticos da linguagem. Mas realmente há algo de errado quando se constata que nem sempre se consegue colocar os princípios éticos referidos por Xavier para administrar essa relação de planos da linguagem. Para se tornar mais nítido, voltemos à Constituição dos Estados Unidos que desde seu início, há mais de 200 anos, mantém intacta a sua redação, só alterando a interpretação de seus sinais linguísticos ante as conversões de percurso.

Muito embora a Suprema Corte americana se deixe sensibilizar pelo plano pragmático na missão de calibrar o conteúdo semântico do texto constitucional, tomando-se como exemplo a evolução dos direitos civis que vinha ampliando seu espectro ou âmbito normativo – conforme leitura diacrônica dos casos *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Gideon v. Wainwright* (1963) e *Miranda v. Arizona* (1966) –, não encontramos em seu texto qualquer trava epistemológica para evitar momentos retrógrados. Nisso, o viés de ampliação dos direitos civis nos Estados Unidos tem uma involução no que toca aos japoneses ou seus descendentes após o ataque à Pearl Harbor – vide os julgados *Kiyoshi Hirabayashi v. United States* ou o julgado *Korematsu v. United States*. Inflexão que se repete após o fatídico 11 de setembro de

⁷⁶² *Ibidem*, pp. 18-20.

⁷⁶³ Cf. R. C. Van Caenegem, *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional...*, p. 108.

⁷⁶⁴ Cf. Roscoe Pound, *Liberdade e Garantias Constitucionais*, trad. por E. Jacy Monteiro, 2ª ed., São Paulo, 1976, p. 48.

2001 – vide *Authorization for Use of Military Force* – AUMF, como a *Detainee Treatment Act* (DTA) para suprimir a jurisdição dos presos em Guantánamo⁷⁶⁵.

Certamente que esse padrão pode ser justificado pela teoria do conhecimento que tivemos a oportunidade de tocar no Capítulo I, já que o contrato social que encontrou os Estados Unidos, sem tempo de maturação, precisou abrir mão de algumas lições que poderiam ser apreendidas refletidas no processo cultural e preferiu dar atenção a eficiência do sistema. Diferentemente se dá com os países do continente, que diante das necessidades, tenta buscar destravar o engessamento de outrora no cabedal da história, mesmo que na modernidade isso se apresente sob a roupagem do princípio da dignidade. Nesse aspecto, não se estranha quando Michel Villey vai ao cristianismo para identificar o ponto de partida daquilo que, mais tarde, passou a ser conhecido por direitos fundamentais⁷⁶⁶. O grande problema de se tentar indicar pontos de partida, como se estivéssemos diante um invulgar momento, o que não significa desconsiderar sua importância na historiografia da humanidade⁷⁶⁷, é achar que seria aqui, e tão só aqui, que a dogmática deve tentar localizar os fragmentos históricos que sirvam para revelar o conceito de justo. Não se estranhe que agindo assim a dogmática só consiga formatar conceitos imutáveis e invariáveis, marcas da atual interpretação da teoria de valores recuperada pelo direito ocidental.

O incomodo desse tipo de leitura, em que se elege Cristo como parâmetro, representação de Deus na terra, é que se esquece de que a modulação do justo é igualmente plástica e, a depender das faces que se escolhe, podemos ir do Cristo histórico ao Cristo místico⁷⁶⁸. Hoje fazemos ouvidos moucos, mas o Deus do Antigo Testamento, figura austera e severa, já serviu para parametrizar a consciência dos julgadores⁷⁶⁹ por um padrão retórico de igual força⁷⁷⁰ e que não deixamos de associar à 1ª fase do desenvolvimento moral de

⁷⁶⁵ Cf. João Carlos Souto, *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*, 2ª ed. São Paulo, 2015, pp. 175-210.

⁷⁶⁶ Cf. Michel Villey, *O Direito e os Direitos Humanos*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, 2007, pp. 82 e 108-111. Em sentido próximo, Iván Escobar Fornos, *Manual de Derecho Constitucional*, Managua, 1998, p. 211; Moises Poblete Troncoso, “Los Derechos Humanos Y Las Naciones Unidas”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 85, Concepción, 1953, p. 318.

⁷⁶⁷ Cf. Pablo Lucas Verdú, “Humanidade e Derechos Humanos”, in *Anuario de Derechos Humanos: Nueva Época*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 129-154 (disponível online).

⁷⁶⁸ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *História...*, pp. 267 e pp. 358-359; Bernhard Braun, “A Idade Média”, in *História da Teologia Cristã*, Wolfgang Pauly (org.), trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012, p. 102.

⁷⁶⁹ Cf. Sophie Lafont, “O Juiz Bíblico”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2009, pp. 21-54.

⁷⁷⁰ Cf. Olivier Reboul, *Introdução...*, pp. 77-79.

Kohlberg⁷⁷¹. Mas nem mesmo a vinculação do justo com a marca cristã não necessariamente nos priva de abusos ou retrocessos⁷⁷². De fato, menos de 150 anos antes da textualmente elogiável Constituição mexicana de 1917, os tribunais eclesiásticos foram instalados no México e em nome de Cristo toda sorte de genocídio já havia sido cometido sob a bandeira civilizatória⁷⁷³.

Além do mais, como veremos no último capítulo, o erro de acreditar que alguns poucos são os escolhidos na tarefa de indicar os eventos tidos como referenciais a humanidade, está em nos privar de comungar a riqueza de experiências similares visualizadas por outro ângulo, até porque, à distância, as leituras do passado só nos permite uma visão desfocada da realidade⁷⁷⁴. Não nos esqueçamos de que no Ocidente foi nos inculcada a noção de que padrões de justo e acerto, de algum modo, derivam do exercício de comparação aos parâmetros eleitos como referenciais em dada época⁷⁷⁵⁻⁷⁷⁶, e isso certamente não deixou de contaminar a dogmática jurídica, que não por coincidência, foi uma tecnologia fornecida pela escolástica⁷⁷⁷. Nesse aspecto, o direito mulçumano, mais antigo que o canônico, já revelava traços hoje creditados à Igreja do Ocidente⁷⁷⁸. Também não se desconhece que o direito chinês antecipa padrões crísticos que hoje se procura institucionalizar, como “moderação e [a] concórdia” de Confúcio⁷⁷⁹ que, embora, atualmente, possa ser comparado a estadistas como Maquiavel, dele se distancia, visto que suas ideias primavam na busca de uma harmonia social, pendoros reflexivos que aproximavam a política e o direito⁷⁸⁰. Até mesmo o direito hindu e sua lei do *Dharma* há muito já canalizava que uma ideia de equilíbrio, projetada na relação direito/sociedade, permitiria a utilização de costumes *praeter legem* e *contra legem*⁷⁸¹, senda que vem despertando interesse da Ciência do Direito.

⁷⁷¹ V. *infra*, nº 250.

⁷⁷² Eichmann assume ter rompido com cristianismo, tendo adotado Hitler como padrão de referência (cf. Hannah Arendt, *Eichmann em Jersusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal*, trad. por José Rubens Siqueira, São Paulo, 1999, pp. 38-39).

⁷⁷³ Cf. Ignacio Burgoa, *Derecho...*, 1984, pp. 61 ss.

⁷⁷⁴ Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade...*, pp. 389-401.

⁷⁷⁵ Cf. Leon Grinberg, “Razón...”, pp. 36-58.

⁷⁷⁶ Robert Alexy identifica seis tipos de fundamentação aos direitos humanos (cf. “A Existência dos Direitos Humanos”, in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno/Aziz Tuffi Saliba/Mônica Sette Loppes (orgs.), Rio de Janeiro, 2014, pp. 185-198). Em sentido próximo, André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, 2003, pp. 357-360.

⁷⁷⁷ Para Miguel Reale um perfil que vai ao poucos se afastando do perfil escolástico, pois, “dogma aí não significa verdade que não se discute, mas significa apenas direito posto (...)” (cf. “Linha...”, p. 305).

⁷⁷⁸ Cf. René David, *Os Grandes...*, pp. 522-524.

⁷⁷⁹ Cf. José de Oliveira Ascensão, *O Direito...*, p. 166.

⁷⁸⁰ Cf. Henry Kissinger, *Sobre a China*, trad. por Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro, 2011, p. 31.

⁷⁸¹ Cf. René David, *Os Grandes Sistemas...*, p. 550.

Assim, se não é na eficiência da *common law* norte-americana nem a eleição de marcos externos da *civil law* que a engenharia dos princípios fundamentais poderia ser revelada, uma coisa é certa, não há outro caminho senão continuar a investir na relação pragmática-semântica, agora de outro ângulo.

3. Princípios fundamentais enquanto razões de justificação e validade do direito

A fim de compreendermos como a categoria dos princípios fundamentais pode ser utilizada como prisma de validação ou razão de justificação do sistema jurídico, precisaremos entender o que isso significa além dos truísmos que compõem o plantel de axiomas eleitos pela Ciência do Direito, até porque, como já dissemos, esse fenômeno não se desconecta da ideia de uma metacultura.

Nesse aspecto, valemo-nos da classificação elaborada por Bobbio, que correlaciona os sistemas jurídicos e as razões de apoio em três grupos. Para ele, a lógica dedutiva seria consequencial do direito natural, enquanto que a lógica indutiva marcaria a derivação típica da jurisprudência dos conceitos. Por último, ainda seria possível mencionar uma lógica onde as fases de validação seriam imediatas, como aquela oriunda da pirâmide kelseniana⁷⁸². Evidentemente que essa classificação não é uniforme, basta ver que, Zippelius, depois de ir às origens do direito romano e da *common law*, vê a configuração de raciocínios indutivos onde Bobbio enxerga raciocínios dedutivos⁷⁸³. H. Batiffol, por sua vez, longe de negar o positivismo e sua busca de eficiência, vê a lógica indutiva de Hume na dogmática praticada pela escola histórica do direito⁷⁸⁴.

Esses exercícios taxonômicos perdem qualquer sentido se conseguirmos ver que a marca das razões de justificação do direito ocidental, de uma forma ou de outra, liga-se ao raciocínio causalista (causa-efeito). O curioso é que tal lógica acabou animando o direito no Ocidente como um todo, inclusive naqueles países que não tiveram contato tão imediato com o direito romanístico, como Polônia, Lituânia, Rússia e Bulgária, já que não deixaram de ter contato com esse perfil de justiça para promover seus desenvolvimentos⁷⁸⁵.

⁷⁸² Cf. Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. por Ari Marcelo Solon, 2ª ed., São Paulo, 2014, pp. 34-39.

⁷⁸³ Cf. Reinhold Zippelius, *Filosofia...*, pp. 191-196.

⁷⁸⁴ Cf. H. Batiffol, *A Filosofia do Direito*, trad. por Neide de Faria, São Paulo, 1968, p. 35.

⁷⁸⁵ Cf. Gábor Hamza, “Derecho Romano y el Desarrollo Del Derecho Privado en Europa del Este”, in *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña*, nº 17, Galiza, 2013, pp. 595-604 (disponível *online*).

O grande problema é que o perfil causalista começa a ter sua eficiência questionada quando se depara com um mundo sem fronteiras, ou de fissuras na arquitetura dos contratos sociais que, de um modo ou outro, até então vinham servindo como anteparo para acomodar os pontos de referência que se elegiam para justificar as ações de um povo. Mesmo que Oscar Vilhena Vieira procure avançar por um pomposo “cosmopolismo ético dos direitos humanos”⁷⁸⁶, Mário Giuseppe Losano acerta ao perceber que os operadores do direito, ante o arrefecimento dos limites geográficos, encontram-se presos a um estado de apatia operacional⁷⁸⁷. É nesse contexto que Meireille Delmas-Marty nota que se tornou comum socorrer-nos de expressões como “valores implícitos”, “crenças não expressamente fundamentadas” e “ideologias “subjacentes” para fundar nossas ações⁷⁸⁸. O interessante é que a própria Delmas-Marty introduz a ideia de que numa heterogeneidade de valores, deveria o direito investir na tarefa de localizar formas de “sobredeterminação”⁷⁸⁹ do sistema. O que não deixa de ser um problema, pois, ainda que se saiba que no mundo sempre existiu o trânsito de conhecimento, donde, talvez, poder-se-ia buscar esse substrato para a “sobredeterminação”, não se pode negar que existem graus distintos de referência moral no mundo. Pois, enquanto na Coreia do Norte opera no estágio pré-convencional de Kohlberg⁷⁹⁰, cuja marca distintiva é a sanção, nos Estados Unidos operam dentro da etapa moral pós-convencional, de perfil utilitarista.

Certamente que o operador do direito treinado no raciocínio causa-efeito não teria dificuldades para resolver essa equação. Afinal, se os Estados Unidos, mais avançados na escala de desenvolvimento moral de Kohlberg, por certo que poderia ter mais condições de identificar o justo do que a Coreia de Norte. Acontece que a própria lógica causalista, mesmo para aqueles que militam nas ciências naturais, não se mostra um expediente tão seguro⁷⁹¹, fragilidade que se agiganta se colocado como petrecho metódico às ciências do espírito. Basta notar que, na atualidade, estes dois países permitem a pena de morte àquele que compromete a

⁷⁸⁶ Cf. Oscar Vilhena Vieira, “Realinhamento Constitucional”, in *Direito Global*, Carlos Ari Sundfeld/Oscar Vilhena Vieira (orgs.), São Paulo, São Paulo, 1999, p. 29.

⁷⁸⁷ Acerca do fenômeno, cf. Mário Giuseppe Losano, “Direito e Geografia: O Espaço do Direito e o Mundo da Geografia”, trad. por Alfredo de J. Flores, in *Direito e Justiça*, vol. 40, nº 40, jan./jun. 2014, pp. 84-93.

⁷⁸⁸ Cf. Meireille Delmas-Marty, *Por um Direito Comum*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2004, p. 179.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, pp. 180 ss.

⁷⁹⁰ V. *infra*, nº 250.

⁷⁹¹ Cf. Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa...*, pp. 31-32; Albert Einstein, *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*, trad. por Carlos Almeida Pereira, Rio de Janeiro, 2015, pp. 11-13.

integridade do sistema social, ideias que, por mais incrível que possa nos parecer, tem seus traços desenhados no século XVII por Rousseau⁷⁹².

Assim, se se pretende colocar os princípios fundamentais como razão de sustentação do direito, precisamos encontrar outro padrão de raciocínio ao operador do direito. Não deixa de ser curioso que os rabiscos de uma metódica plausível, tendo passado despercebido pela maioria, já era captada por Kant. A análise kantiana consegue observar que a humanidade movimenta-se de forma pendular dentro do eixo moral, comportando dentro de estágios regressivos, estáveis, outrora progressivos⁷⁹³. Se na pior faceta do primeiro estágio seríamos jogados numa fase de destruição autofágica⁷⁹⁴, é significativo quando compreende que os reveses históricos precisam ser absorvidos⁷⁹⁵, já que nos abre possibilidades quando adverte que uma saída pode ser elaborada mediante um padrão de aprendizagem comunitária, onde “(...) a múltipla experiência não deixaria de operar nos ânimos de todos.”⁷⁹⁶

3.1. A estrutura das razões associadas aos princípios fundamentais

Se se pretende considerar os princípios fundamentais como razões do direito, precisaremos substituir a engenharia causa-efeito por uma que consiga ligar com toda essa realidade entrópica que vivemos. Não se trata, contudo, tarefa das mais simples, já que coloca diante da missão de encontrar um mecanismo que substitua o axioma secular da primeira causa. Afinal, não é de outra coisa que se fala quando operadores do direito passam a preencher conteúdo de signos específicos como pontos de partidas de seus raciocínios, como o que ocorre com o princípio da dignidade, e, a partir daí, terem as razões ou justificações para uma série de comandos consequenciais no corpo social.

Um padrão que, embora tenha conquistado textura no método lógico de Descartes (1596-1650)⁷⁹⁷, invariavelmente não deixaria de ter sua sistematização trazido à luz, afinal, visto ser um padrão de pensamento que vinha se ajustando pelo expurgo de seus contrários, tendo ganhado a simpatia dos operadores de direito a partir dos entornos da Revolução

⁷⁹² Cf. Jean-Jacques Rousseau, *O Contrato...*, pp. 35-37.

⁷⁹³ Cf. Immanuel Kant, *O Conflito das Faculdades*, trad. por Artur Morão, Lisboa, 1993, p. 97.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 97.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 105.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 106.

⁷⁹⁷ Cf. Descartes, *Discurso do Método*, trad. por Paulo Neves, Porto Alegre, 2014, p. 54.

Francesca⁷⁹⁸. Uma caminhada, não obstante, que tem seus contornos revelados em Santo Agostinho⁷⁹⁹, embora tenha sido Tomás de Aquino o responsável por esclarecê-la melhor, com Deus na função dos primeiros princípios no espaço que Aristóteles outrora chama de *apodexis* em seu silogismo (questão 2ª, artigo 1º e questão 3ª, artigo 8º)⁸⁰⁰. Ideia que se refina em Duns Scotus (1266-1308) ao sistematizar tudo de tal forma que não só antecipa os problemas, bem como as soluções, que vieram a despertar o interesse de Hans Albert no século XX⁸⁰¹. Convém destacar que qualquer desvio desse perfil diacrônico de raciocínio seria provocativo de uma reação imediata pelo sistema, como foi visto em Giordano Bruno (1548-1600)⁸⁰², condenado à fogueira da Santa Inquisição por flexibilizar essa noção de primeira causa que, *mutatis mutandi*, aproximava-se das ideias que já margeavam a filosofia chinesa sobre colocar a uma primeira causa dentro de uma estrutura holística de equilíbrio⁸⁰³.

Emblemático, mas representativo desse perfil de raciocínio na junção de contrato social, ocorre quando Schmitt defende a ideia de que a tarefa de identificar essa primeira causa deveria ser atribuída a uma única pessoa, na figura do *Führer*⁸⁰⁴. Mesmo que mais recentemente John Finnis chegue a sinalizar uma teoria da primeira causa que tenha uma

⁷⁹⁸ Cf. António José Avelãs Nunes, *A Revolução...*, p. 109.

⁷⁹⁹ Cf. Santo Agostinho, *Confissões*, trad. por J. Oliveira Santos/Ambrosio de Pina, São Paulo, 1980, p. 286.

⁸⁰⁰ Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, vol. 1..., pp. 184-185.

⁸⁰¹ Duns Scotus vê confusões lógicas nos estudos de Aquino, já que a ideia de uma primeira causa eficiente precisa ser apartada dos perigos de se incorrer em argumentos que regressem ao infinito (cf. *Tratado do Primeiro Princípio*, trad. por Carlos Nougué, São Paulo, 2015, p. 35) ou que trate suas premissas e conclusão de forma circular (*ibidem*, p. 33), com validações recíprocas (cf. Manuel Barbosa da Costa Freitas, *A Existência de Deus segundo Duns Scoto*, Covilhã, 1966, pp. 13-15). A análise dessa primeira causa, que denominada causa eficiente *simpliciter*, dá origem ao primeiro eficiente e o fim último, é tratada no segundo dos três capítulos da obra de Scot reservada ao tema. (cf. Duns Scotus, *Tratado...*, pp. 53-77). De fato, somente Deus poderia satisfatoriamente ocupar a primeira causa eficiente de tudo que se conhece no mundo (cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, vol. 1..., pp. 184-185). A grande diferença desse modelo se comparado com o de Aquino é que este compreende que essa primeira causa eficiente deve ser descoberta aos poucos, nas contingências e necessidades humanas. Scotus vê nisso um grande equívoco lógico, pois, dessa forma, o conceito de Deus teria uma dimensão positiva, de desvelamento gradual (cf. Manuel Barbosa da Costa Freitas, *A Existência...*, p. 12). Para Scotus, fazer Deus coincidir com os primeiros princípios (*apodexis*) seria colocá-Lo numa função teleológica. Nesse contexto, compreende que, na realidade, poderia ostentar graus distintos de hierarquia, a depender do grau de perfeição que se encontra em algumas coisas, sendo Deus a ordem máxima da eficiência na arquitetura universal (*Ibidem*, pp. 31-32). Subentendida a dinâmica entre a primeira causa eficiente e o fim eficiente projetado encontra-se o mundo em movimento contínuo (*Ibidem*, pp. 33-34). É dessa forma que Scotus consegue elaborar um habilidoso mecanismo para desviar-se do trilema de Münchhausen em que o formato causa-efeito consegue se ajustar a sistemas sociais móveis. Em suma, essa engenharia opera três planos conjuntamente: (1) um princípio eficiente passa a coordenar (2) o movimento da arquitetura da sociedade humana, (3) destinada a um projeto final, pressupondo que algumas de suas engrenagens, por se encontrarem em escalas de hierarquia mais próximas desse projeto, podem ditar o compasso das demais.

⁸⁰² Embora Giordano Bruno se debruce sobre a infinitude do universo e a possibilidade da existência de diversos mundos, muitas premissas utilizadas questionam o formato da primeira causa adotado pela escolástica. (cf. *Sobre o Infinito, O Universo e os Mundos*, Coleção Os Pensadores, trad. por Helda Barraco/Nestor Deola, São Paulo, 1973, p. 27).

⁸⁰³ Cf. Marcel Granet, *O Pensamento...*, pp. 213 ss.

⁸⁰⁴ Cf. Carl Schmitt, *O Guardião...*, pp. 207 ss.

pauta ética dinâmica entre os homens⁸⁰⁵, não consegue avançar muito, afinal, o grande erro reside em tentar compatibilizar um raciocínio causalista com o dinâmico, já que invariavelmente chegar-se-ia à ideia de um ponto de partida imóvel e dominante.

A questão que se apresenta, portanto, é como localizar um perfil de raciocínio não causalista que pudesse ser aproveitado pela dogmática jurídica. Isso nos foi disponibilizado, como já tivemos oportunidade de tocar, no ano de 1965, quando Maturana observa um fenômeno aparentemente corriqueiro, se seu gênio não fosse hábil a transportar e introduzir uma reorientação paradigmática com reflexos isomórficos em diversas áreas do saber. *Grosso modo*, ao investigar o processo de formação de imagens pelo globo ocular, constatou-se que não era o espectro cromático que se projetava no cérebro para a criação de imagens. Entre essas etapas, na antessala da retina, um processo distinto, de passagem, agiria de forma a acoplar as informações que deveriam chegar ao ambiente à chave escolhida selecionada pelo organismo. Somente depois desse acoplamento, com a seletividade entre o sistema e o meio, a coloração se materializaria no sistema nervoso⁸⁰⁶. Diferentemente da máquina determinista, típica dos desenvolvimentos cibernéticos clássicos e cujas particularidades não deixaremos de analisar, o código de acoplamento teria permitido o organismo (sujeito) gerar um padrão de recriação específico⁸⁰⁷, retirando todo o mérito, como assim supunha Darwin, do capricho do ambiente (sistema)⁸⁰⁸. O grande diferencial, se comparados com os modelos deterministas (leia-se máquinas, como computadores), é que não se estaria diante de um fenômeno estável e invariável; uma organização sem possibilidade evolutiva⁸⁰⁹. Na prática, significa que perturbações externas, cambiadas e absorvidas pela unidade, podem ser adaptadas sem que para isso ocorra a desestabilização de sua organização sistêmica,⁸¹⁰ pois, uma das características de certos sistemas consiste em possuir uma plasticidade adaptativa⁸¹¹. Estudo reconhecidamente de grande impacto na teoria sistêmica de Luhmann, muito embora o sociólogo alemão parta deste para focalizar a engenharia das estruturas sociais⁸¹², ou seja,

⁸⁰⁵ Cf. John Finnis, *Fundamentos de Ética*, trad. por Arthur M. Ferreira Neto, Rio de Janeiro, 2012, pp. 135-151.

⁸⁰⁶ Cf. Humberto Maturana, "A Biologia...", p. 36-37.

⁸⁰⁷ Cf. Humberto Maturana/Francisco Varela, *De Máquinas y Seres Vivos. Autopoiésis: La Organización de Lo Vivo*, Buenos Aires, 2003, p. 67.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, pp. 70-71.

⁸⁰⁹ Cf. Humberto Maturana/Francisco Varela, *De Máquinas...*, p. 90.

⁸¹⁰ *Ibidem*

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 99.

⁸¹² Cf. Mario G. Losano, *Sistema e Estrutura no Direito: Do século XX à pós-modernidade...*, pp. 334-335.

como positivista que é, os reflexos da teoria epistemológica que se retira de Maturana serviu para sobrevalorizar o objeto (contrato social) e não o sujeito⁸¹³.

Para Mario G. Losano o perfil sistêmico de Luhmann não consegue se correlacionar com os conceitos de justo ou injusto⁸¹⁴, o que geraria uma dessincronia com a realidade⁸¹⁵, ou seja, onde texto e contexto tenderiam a se afastar. Para Celso Fernandes Campilongo, esse grau de ineficiência se incrementa em um mundo globalizado, pois, com a inexistência de um poder central para administrar a constituição do código binário lícito/ilícito, o que é típico quando se deposita a atenção na estrutura (objeto), a noção de ruídos perde sua sustentação⁸¹⁶, na medida em que este arranjo artificial não mais consegue selecionar o que deveria ser compreendido como ruído que deve ser absorvido pelo sistema e o ruído que deve ser rebatido ou bloqueado.

Ante a reprovação da teoria de sistemas de Luhmann, certamente por se afeiçoar a perspectiva mecanicista, quase matemática, que se extraiu do modelo de Maturana e Varela⁸¹⁷, outra faceta epistemológica, a ser haurida dos estudos dos pesquisadores chilenos, precisa voltar sua atenção ao plano do sujeito, longe disso significar qualquer fuga solipsista.

De fato, depois que Maturana e Varela passaram a dirigir sua atenção ao funcionamento dos sistemas sociais, percebem que essa estrutura precisaria privilegiar o sujeito, na proporção em que introduzem componentes como aprendizagem no trato relacional humano. O próprio Maturana, embora tenha se dedicado originalmente à perspectiva biológica, mais recentemente procurou ajustar suas pesquisas aos modelos sociais⁸¹⁸, valorizando a teoria da linguagem nesse processo⁸¹⁹. Na tentativa não só de responder como o sistema social e a estrutura do sistema jurídico se relacionariam, já que nesses espaços há um

⁸¹³ Na prática, eram estas estruturas que deveriam absorver e organizar as expectativas que algumas pessoas acabavam fazendo da outra (cf. Juan Antonio Garcia Amado, “Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann”, in *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*, André-Jean Arnaud/Dalmir Lopes Jr. (org.), trad. por Dalmir Lopes Jr./Daniele Andréa da Silva Manão/Flávio Elias Riche, Rio de Janeiro, 2014, pp. 303-304). Com o incremento das relações humanas, Luhmann observa que o direito foi chamado para organizar o compartilhamento de expectativas (cf. *Sociologia do Direito I*, trad. por Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, 1983, pp. 204-205). Nesse movimento, em que a referibilidade parte do sujeito e chega ao objeto, o que é aceitável no contrato social é somente aquilo assim considerado pelo direito (*ibidem*, pp. 67-68). Apenas o estoque normativo seria apto para atestar o que deveria ser entendido como ruídos, afinal, estes, recursivamente sentidos no contrato social, poderiam ser captados e, posteriormente, replicados em códigos que se relacionaram com a sociedade por meio dos sinais lícitos/ilícitos (*ibidem*, pp. 76-89).

⁸¹⁴ Cf. Mario G. Losano, *Sistema e Estrutura no Direito: Do século XX à pós-modernidade...*, p. 382.

⁸¹⁵ Cf. Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, 3ª ed., São Paulo, 2016, p. 140; Gunther Teubner, “As Duas Faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós-Moderna”, in *Direito, Sistema e Policontextualidade*, trad. por Brunela Vieira de Vincezi, Piracicaba, 2005, pp. 79 ss.

⁸¹⁶ Cf. Celso Fernandes Campilongo, *O Direito...*, pp. 122-123.

⁸¹⁷ Cf. Mario G. Losano, *Sistema e Estrutura no Direito: Do século XX à pós-modernidade...*, pp. 315 ss.

⁸¹⁸ Cf. Humberto Maturana, “Seres Humanos Individuais e Fenômenos Sociais Humanos”, in *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/et. al. (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014, pp. 228-229.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 242.

bombardeio de informações, sabendo que algumas poderiam ser absorvidas, outras não, bem como se afastar do alvedrio ou da voluntariedade desse acoplamento, Maturana introduz aquilo que chama de “valor funcional” das estruturas selecionadas. Numa entrevista concedida pelo referido autor, em julho de 1990, à Cristina Magro, professora da UFMG, então visitante da Universidade de Virgínia e da Universidade de Duke, é possível perceber que a tese de Habermas, que se incumbiu de desconstruir o conhecimento *a priori* de Kant para conceder-lhe uma senda relacional entre os seres falantes, ganha um componente biológico, o que nos aproxima da ideia que ora se introduz de uma nova teoria epistemológica⁸²⁰. Fato que depois vem a ser sistematizado por Varela, que correlaciona “valor funcional” a aprendizagem sistêmica⁸²¹, afastando-se, portanto, da noção positivista de Luhmann.

3.1.1. Traços heurísticos de uma teoria cibernética humanizada no manejo dos princípios fundamentais

Indubitavelmente causa estranheza, mas o melhor cenário para enxergar como a categoria dos princípios fundamentais pode ser habilitada como razões do direito é-nos fornecida pelas experiências constitucionais na *common law* norte-americana. De fato, é ali, melhor do que o engessamento da *civil law* do continente e a alta criatividade praticada nos países da América Latina, que os contornos da modulação da força ilocucionária dos comandos constitucionais tem uma de suas principais faces de estruturação revelada. O que não é um movimento tão fácil, pois como nos mostra Kuhn, tendemos a colocar os fenômenos que brotam à nossa frente dentro das fórmulas e premissas de leituras que supomos correto⁸²², expurgando outras leituras possíveis.

Não é sem motivos que Wilson Steinmetz se esforça para ver na *State Action Doctrine* uma correspondência com a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais⁸²³ que, como já sabemos, prega a utilização da régua dos direitos fundamentais para ajustar, ao que se entende como correto, as relações entre particulares. Apesar desse ajuste insólito não passar

⁸²⁰ Cf. Humberto Maturana. Entrevista [julho de 1990]. Entrevistadora Cristina Magro. A íntegra da entrevista encontra-se na coletânea de *papers do cientista chileno* sintetizados em Humberto Maturana, *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/et. al. (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014.

⁸²¹ Cf. Francisco Varela, *Conhecer - As Ciências Cognitivas. Tendências e Perspectivas*, trad. por Maria Teresa Guerreiro, Lisboa, 2016 p. 26.

⁸²² Cf. Thomas S. Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. por Beatriz Vianna Boeira/Nelson Boeira, 5ª ed., São Paulo, 1998, pp. 72-89.

⁸²³ Cf. Wilson Steinmetz, *A Vinculação...*, pp. 178-181.

despercebido por Virgílio Afonso da Silva, não se afasta muito dos erros incorridos por Steinmetz ao enxergar certa verossimilhança naqueles casos em que ocorreria uma equiparação do particular com o Estado, trazendo à luz o caso *Shelley v. Kramer*⁸²⁴, um perfil, *mutatis mutandi*, que também revelaria uma variação da eficácia imediata dos direitos fundamentais⁸²⁵. Esse equívoco fica notório quando se toma contato com os trabalhos realizados por Lillian BeVier e John Harrison, pesquisadores da *Virginia Law*, que constataram que a questão de fundo da *State Action* cinge-se em saber os limites da atuação judicial, ou seja, se no caso aludido pelos juristas brasileiros poderia o Estado-juiz ratificar uma cláusula que comportava discriminação racial⁸²⁶.

Se há nos Estados Unidos construções com inclinação a se aproximarem da doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais, no formato que nos é familiar, isso vem sendo feito com muito vagar e sob muitas críticas realizadas por alguns poucos tribunais estaduais, como salientado por Helen Hershkoff, professora da *New York University School of Law*⁸²⁷. E mesmo aqui a perspectiva é outra, já que depois de analisar o direito da África do Sul, a pesquisadora correlaciona essa doutrina com a utilização de princípios vagos, como dignidade, como forma de passar por cima da autonomia privada, aumentando os custos das transações⁸²⁸. O fato de Hershkoff não esconder as influências dos estudos de R. H. Coase, sua abordagem vai num sentido pouco familiar à visão tradicional dos operadores da *civil law*, pois sua preocupação cerra-se em indicar a linha que, uma vez ultrapassada pelo Poder Judiciário, este passa a ser visto como sendo variável sistêmica cuja natureza é a de uma externalidade negativa, ou de ineficiência ao conjunto⁸²⁹. Essa perspectiva nos é cara, na medida em que se mostra apta para colocar a teoria constitucional mais próxima daquela arquitetura dinâmica e sistêmica já tangenciada no curso de nossa investigação.

Sob essa perspectiva, precisamos investir noutro contexto favorecido pelo constitucionalismo norte-americano, mostrando-se insuficiente a percepção de Manuel Afonso Vaz, que se restringe a atestar que a Constituição norte-americana, ao lado dos textos

⁸²⁴ No caso concreto, os adquirentes de um condomínio comprometeram em não alienar o bem a pessoas que não fossem brancas, cláusula que não foi cumprida. Os demais proprietários do loteamento, ao saberem da transferência, ajuizaram ação no intuito de fazer valer a cláusula desconsiderada.

⁸²⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre privados*, São Paulo, 2008 pp. 99-102.

⁸²⁶ Cf. Lillian BeVier/John Harrison, "The State Action Principle and Critics", in *Virginia Law Review*, vol. 96, nº 8, december/2010, pp. 1798-1799 (disponível *online*).

⁸²⁷ Cf. Helen Hershkoff, "Just Words: Common Law and the Enforcement of State Constitutional Social and Economics Rights", in *Stanford Law Review*, vol. 62, 2010, pp. 1.558-1.564 (disponível *online*).

⁸²⁸ *Ibidem*, pp. 1.570 ss.

⁸²⁹ Cf. R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, vol. III, Chicago, 1960, pp. 1-44 (disponível *online*).

da Revolução Francesa, respondeu pelos reclamos da limitação do poder e da fixação de garantias para a liberdade ao homem⁸³⁰. Até porque, a bem da verdade, em 1861 a Constituição Valdeza (Suíça), antes mesmo da edição da 14ª Emenda da Constituição norte-americana (1868), tradutora do princípio da igualdade, já tinha antecipado tais ideias em seu artigo 15º. Um projeto de igualdade que adianta até mesmo o perfil que se completaria pela concretização dos direitos fundamentais sociais, pois, antes das constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), já previa algo rudimentar em seu 23º artigo.

Mesmo que não se desconheça que, na sua origem, a Constituição norte-americana suportou questionamentos referentes ao perfil e aos efeitos oriundos de sua natureza contratual⁸³¹, não tendo escapado de Ackerman a existência de pontos de discórdias inconciliáveis, inclusive em relação aos erros formais de elaboração, convém destacar que com sua elaboração foram introduzidos mecanismos que pouco a pouco seriam capazes de reorientar o eixo de estruturação do sistema social, e é isso que deve ser destacado. De fato, para Ackerman, se neste momento sua centralidade privilegiava a união federativa, com a Guerra Civil e a superveniente 14ª Emenda, esse eixo se reposiciona e inaugura um ritmo evolutivo distinto⁸³², embora ainda hoje se insista em negar esse movimento, em virtude da dificuldade de se incutir nos operadores de direito que a Constituição tem “vida”⁸³³.

Naquilo que Ackerman chama de *superprecedents*, interpretação que ostenta força equivalente às emendas constitucionais formais⁸³⁴, dada a sua natureza estruturante, não se vê nada além da modulação gregária da força ilocucionária de um comando constitucional. Nesse particular, Ackerman ressaltou oito eventos que reformaram a força e o grau de penetração da 14ª Emenda⁸³⁵, fato evidente quando invoca o caso *Brown v. Board of Education*, do ano de 1954, para mostrar a neutralização da leitura segregacionista que imperava desde 1896, em função do caso *Plessy v. Ferguson*⁸³⁶.

Logo, a *ratio decidendi* de *Shelley v. Kramer*, então interpretada como expressão da doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais em solo norte-americano, deve ser considerada dentro dessa linha evolutiva, nada coincidente com aquilo que lhe emprestam os apegos da historiografia do direito. Com certo esforço criativo, é até mesmo possível

⁸³⁰ Cf. Manuel Afonso Vaz, *Teoria da Constituição. O que é Constituição, hoje?*, Coimbra, 2012, p. 19.

⁸³¹ Cf. Joseph Story, *Comentários a Constituição dos Estados Unidos*, vol. II, trad. por Theophilo Ribeiro, Outro Preto, 1894, pp. 38 ss.

⁸³² Cf. Bruce Ackerman, “The Living...”, pp. 1.746-1.750.

⁸³³ *Ibidem*, pp. 1.748-1.749.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 1.751.

⁸³⁵ *Ibidem*, pp. 1.757-1.759.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 1.789.

aproximar Santiago Nino de Ackerman. De fato, se para este cabe às instituições governamentais ir aprimorando-se para conseguir acompanhar os reclames dessa Constituição viva⁸³⁷, Nino sabe que o bem-estar só será alcançado se essas instituições conseguirem proteger esse núcleo de autonomia das pessoas, por ser onde os direitos fundamentais entram em operação para funcionalizar e assegurar uma espécie de discricionariedade privada⁸³⁸. Nesse viés, garantir um direito fundamental passa por garantir que as pessoas sejam capazes de exercê-lo, livres de jugos ou pressões de qualquer ordem⁸³⁹, algo que só a história pode ensinar, inexistindo receituário acabado que possa ser plasmado nas fórmulas jurídicas. Reinhard Singer reforça essa percepção quando, após se dedicar sobre o desenvolvimento da legislação trabalhista, depreende que muitas normas que, atualmente, ostentam o calibre de constitucionais, só chegaram a esse estágio depois das experiências jogarem-nas nesse plano estrutural. Diferentemente do que poderia pressupor os mais afoitos, de que as normas trabalhistas constitucionais seriam exemplo da doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, Singer, com maestria, nos conduz à percepção de que esse *status* de constitucionalização não passou de um normal reequilíbrio dos jogos de linguagem que operavam no contrato social. Com isso, como os direitos trabalhistas passaram integrar a estrutura do contrato social⁸⁴⁰, seus comandos, como estruturantes, passaram a delimitar as zonas de atuação positiva e negativa da competência legiferante ordinária.

Mesmo que a muitos pareça axioma que a Constituição norte-americana tenha como único destinatário o governo, não se deixa escapar que, na Declaração de Independência dos Estados Unidos, Thomas Jefferson sinaliza algo bem distinto, muito próximo do assinalado por Nino. Com efeito, se a todo homem deve ser garantida a liberdade de buscar sua felicidade, das palavras de Jefferson é possível retirar que o grande problema que a Inglaterra passou a criar residiu em desconsiderar essa realização⁸⁴¹. Essa percepção, tangencialmente tocada, também pode ser retirada de muitos outros que presenciaram esses eventos. Dos escritos de John Jay (1745-1829)⁸⁴², Alexandre Hamilton (1757-1804)⁸⁴³ e James Madison

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 1.762.

⁸³⁸ Cf. Carlos Santiago Nino, *Ética e Direitos Humanos*, trad. por Nélío Schneider, São Leopoldo, 2011, pp. 173-181.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 192.

⁸⁴⁰ Cf. Reinhard Singer, “Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, Antônio Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), trad. por Pedro Scherer de Mello Aleixo, Coimbra, 2007, pp. 327-356.

⁸⁴¹ Cf. Thomas Jefferson, *A Declaração de Independência dos Estados Unidos*, trad. por Mariluce Pessoa, Rio de Janeiro, 2004.

⁸⁴² Cf. Alexandre Hamilton/James Madison/John Jay, *O Federalista*, tomo I, tradutor não indicado, Rio de Janeiro, 1840, pp. 14-15.

⁸⁴³ *Ibidem*, pp. 56-59.

(1751-1836)⁸⁴⁴ é possível ver que a função do governo deve ser senão garantir a paz e felicidade. E, para quem acredita que garantir a paz e a felicidade teria como destinatário unicamente diretamente a federação, Madison indica algo diferente ao observar que as liberdades públicas e individuais ficam fragilizadas com a instabilidade do governo, como se dentre suas atribuições também se destacasse o de garantir o espaço insindicável do homem, inclusive dos atos de agressão realizados por seu próprio semelhante⁸⁴⁵. Essa asserção torna-se mais ostensiva ao se notar que Madison, de forma surpreendente, antecipa preocupações que só vieram ganhar corpo com Murgueza mais tarde. Afinal, não só o governo deve equilibrar a diversidade dos jogos de interesses, bem como deve apreender como esses atritos evoluem e daí promover ajustes institucionais para neutralizar seus efeitos deletérios⁸⁴⁶, colocando-nos mais uma vez dentro da teoria da Constituição viva de Ackerman.

Dessa maneira, sustenta-se que o caso *Shelley v. Kramer* foi tão só revelador de uma fase evolutiva da força ilocucionária atribuída à 14ª Emenda, cujas consequências, sem dúvida, repercutiram no campo epistemológico dos juízes. Àquela altura, já que as instituições devem se ajustar para proteger os direitos fundamentais, o que estaria no âmago da autonomia, não se poderia conferir exequibilidade judicial às avenças que pudessem neutralizar a discricionariedade de um dos contratantes. Esse tipo de leitura, diferente do que se possa imaginar, está bem longe de permitir uma eficácia imediata da Constituição entre os privados, aproximando-se muito mais do conteúdo do artigo 19 da Constituição argentina⁸⁴⁷ do que da Seção 8, item (2), da Constituição de 1996, da África do Sul⁸⁴⁸, e cujas diferenças restarão claras nos capítulos seguintes.

4. Conclusões do capítulo

Após essas considerações acerca dos princípios fundamentais, chegamos às seguintes ilações: (a) não obstante a alteração dos critérios de referibilidade/validade/legitimação do direito, os princípios fundamentais, na função de metalinguagem, vêm configurando o código

⁸⁴⁴ Cf. Alexandre Hamilton/James Madison/John Jay, *O Federalista*, tomo II, tradutor não indicado, Rio de Janeiro, 1840, p. 167.

⁸⁴⁵ Cf. Alexandre Hamilton/James Madison/John Jay, *O Federalista*, tomo I..., pp. 71-72.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 76.

⁸⁴⁷ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral publica, ni perjudiquen a un tercero, estan solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridade de los magistrados. Ningún habitante de la Nacion sera obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe.”

⁸⁴⁸ “A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.”

funcional do sistema, calibrando sua evolução; (b) as tentativas de localizar o justo no sistema, expressão que, de tão fluídica semanticamente, cuja abertura se realiza pelo estágio da consciência etnográfica, é missão impossível e até perigosa, pois pode traduzir senão ideologias do jogo de linguagem que, num determinado ponto da história, exerce a função de dominação. Nesse aspecto, a tentativa de achar o ponto ótimo deve ser operado pelo seu inverso, ou seja, a de expurgar do sistema as mensagens disfuncionais, reprovadas no teste da história.

CAPÍTULO IV – AS TEORIAS NEOCONSTITUCIONAIS

1. Proposta do capítulo

Depois do que vimos nos capítulos anteriores, poderíamos ser questionados se não estaríamos propondo uma variante daquilo que, por muitos, vem sendo chamado de neoconstitucionalismo, afinal, como admite Miguel Carbonell, há matizes à avidez do intérprete⁸⁴⁹. Em verdade, o que se propõe é uma metódica diametralmente oposta a quaisquer das teorias que se revestem da prefixação *neo*, já uma das consequências que derivam do objetivo de nossa investigação é aplacar as disfuncionalidades que acabam sendo patrocinadas por desenvolvimentos dogmáticos dessa natureza.

Já tivemos a oportunidade de observar que a importação de matrizes normativas sem considerar o contexto pode significar toda sorte de disfunção. Um dos possíveis motivos para essa dicotomia de efeitos em países como os Estados Unidos e aqueles que formam o bloco da América Latina, é que enquanto as regras constitucionais nos Estados Unidos se propuseram a organizar o surgimento de um novo Estado, na América Latina a incursão do constitucionalismo somente visava colocar num estágio diferente a exploração da matriz econômica, pouco se atentando a configuração do contrato social⁸⁵⁰. Indubitavelmente que nesse esquadro as forças constitucionais já surgiram natimortas, não se mostrando estranho que na atualidade queiram reclamar um novo formato numa segunda onda de importação de tecnologia constitucional a países como os da América Latina, gerando um sincretismo de dogmáticas e metódicas que se supõe ser o melhor do direito alemão, do norte-americano⁸⁵¹, e até mesmo dos direitos italiano e espanhol⁸⁵². Não se pode deixar de notar que essa onda de reforma só veio depois de tentativas de políticas econômicas, patrocinadas pelo estruturalismo cepalino iniciado na década de 30, não conseguir avançar no projeto de desenvolvimento da

⁸⁴⁹ Cf. Miguel Carbonell, “Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (org.), 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 9-12.

⁸⁵⁰ Cf. Niall Ferguson, *Civilização: Ocidente x Oriente*, trad. por Janaína Jacobino, 2ª ed., São Paulo, 2016, p. 128.

⁸⁵¹ Cf. André Karam Trindade, “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: Os Desafios do Protagonismo Judicial em Terra Brasilis”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012, p. 114.

⁸⁵² Cf. Miguel Carbonell, “Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Pietro Sanchís”, in *Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, nº 8, Alicante, abril de 1998, pp. 207-214 (disponível *online*); Julian Gaviria Olhe, “El Constitucionalismo de los Derechos: Ensayos de Filosofía Jurídica”, in *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, Madrid, sep. 2013/feb. 2014, pp. 305-309 (disponível *online*).

região⁸⁵³. No contexto de se recuperar o tempo perdido e satisfazer as promessas incumpridas é plenamente compreensível que a Constituição paradigma para essa guinada tenha sido a Constituição portuguesa de 1976, cujo rol possuía 299 artigos⁸⁵⁴.

As diversas teorias neoconstitucionais só não contavam com o fato que dentro do próprio eixo Estados Unidos-Europa alguma coisa já não corria tão bem na relação do homem com o contrato social⁸⁵⁵, afinal, Arendt percebeu, e certamente isso repercutiu nas teorias constitucionais, que a forma como projetamos nossa emancipação no século XVIII nos fez abrir mão de nossa própria humanidade no século XX⁸⁵⁶.

Relembremo-nos de que a teoria filosófica que pretende dar forma a esse novo constitucionalismo parece se legitimar na construção, altamente simbólica, do jogo de palavras pós-positivismo. O que para muitos parece bastar, já o que precisavam era apenas uma prefixação que destravasse a epistemologia outrora engessada pelo positivismo. Diante desse contexto, na primeira parte do capítulo tencionamos descortinar as estruturas subjacentes à prefixação *pós*, visto que qualquer exercício de movimento ao novo não consegue expurgar por completo as influências do passado, o mesmo passado que se pretende reformular, se antes pela política econômica, agora pelo direito. Num segundo momento, veremos como essa arquitetura filosófica *pós*-alguma coisa vem sendo utilizada pela teoria de um novo constitucionalismo. Não se trata de uma incursão despicienda, já que as ilações do presente capítulo serão tomadas como guias à elaboração do capítulo seguinte, como já tivemos oportunidade de dizer à partida.

2. O surgimento do *pós* ao que não estava dando certo

Não se questiona que a proposta positivista compreendeu um projeto capaz de rastrear a eficiência epistemológica, permitindo ao homem maior controle sobre o mundo. No entanto,

⁸⁵³ Cf. Joseph L. Love, “Ideias e Ideologias Econômicas para América Latina, c. 1930 –c, 1990”, in *A América Latina após 1930: Ideias, Cultura e Sociedade*, Leslie Bethell (org.), vol. VIII, trad. por Gilson Cesar Cardoso de Sousa, São Paulo, 2011, pp. 161 ss.; Celso Furtado “Raúl Prebisch”, in *Cadernos de Desenvolvimento*, vol. 6, nº 9, Rio de Janeiro, jul./dez.2011, pp. 442-444.

⁸⁵⁴ Cf. Luigi Ferrajoli, “O Constitucionalismo Garantista e o Estado de Direito”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/et. al. (orgs.), Porto Alegre, 2012, p. 232.

⁸⁵⁵ Rawls propõe como solução um contrato social que pudesse redistribuir o excedente positivo do saldo societário (cf. *Uma Teoria...*, p. 81). Robert Nozick, noutro sentido, defende um Estado mínimo (cf. *Anarquia...*, pp. 429-430).

⁸⁵⁶ Cf. Hannah Arendt, *Origens...*, p. 406.

se não podemos desconhecer que o mundo é composto por memórias que se escolhem⁸⁵⁷, outra forma de ver como essa eficiência procurou se instalar é que seus cultores se propuseram a recortar da história aqueles eventos que alguns poucos acreditavam conter o padrão diretivo para o resto de nós, colocando-os na fórmula deôntica “*Se X, então Y*”, o que aproxima a Ciência do Direito da teoria do conhecimento. O interessante é que Kant já sabia que ao sermos conduzidos a estreitar ainda mais nosso filtro óptico, invariavelmente também nos vemos tentados a valorizar tão só o conhecimento que o intérprete julga ser importante, negligenciando os demais⁸⁵⁸. Acreditamos que a grande crise do direito está precisamente em compreender como recuperar os pontos cegos que foram negligenciados, questão que não consegue avançar dos planos heurísticos, como se retira, v.g., dos ensaios de Raffaele De Giorgi⁸⁵⁹.

2.1. A historiografia da eficiência: o fracionamento da história pelo direito e sua busca pelo conceito de validade universal

Para sabermos o que ficou de fora do olhar do direito, torna-se bem mais fácil identificar aquilo que sempre atçou o interesse daqueles que dominavam sua produção. Na década de 50, o jurista alemão Carl Schmitt, depois de se debruçar sobre a linha do tempo, consegue nominar que, de alguma forma, o elemento terra (aspecto espacial), depois de se descartar o plano cosmológico ou divino, sempre esteve associado à fabricação do direito e qualquer possível referência ao justo universal que se pretendesse construir.

Evidentemente que a migração do referencial de validação não ocorreu de um dia para outro, um percurso que fez toda diferença quando o plano dogmático precisou gestar e elaborar conceitos de justo. De fato, a própria Igreja não deixou de associar esse elemento terra como fator de desvelamento de um invulgar conceito de justo no âmago da ideia de um *jus gentium*. A historiografia é pródiga de exemplos. Desde a régua do justo utilizada pelo papa Alexandre VI (1431-1503), que antecipa em alguns meses o Tratado de Tordesilhas e divide o mundo para evitar a discórdia entre os conquistadores⁸⁶⁰, como ela própria, aventura-se nessa sanha de conquista de terras como condição prévia para levar adiante o seu programa de conquista das novas almas. Afinal, subjacente à ideia de colonização havia uma suposta

⁸⁵⁷ Cf. Raffaele De Giorgi, *Direito, Tempo e Memória*, trad. por Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo, 2006, p. 75.

⁸⁵⁸ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura...*, p. 601.

⁸⁵⁹ Cf. Raffaele De Giorgi, *Direito...*, p. 78.

⁸⁶⁰ Cf. Carl Schmitt, *O Nômos...*, p. 90.

superioridade do homem europeu e sua fé cristã⁸⁶¹, que ao do leitor da atualidade, por se apoiar em estratos selecionados pela historiografia oficial⁸⁶², sobretudo porque a própria Igreja participou dos eventos que a comporiam⁸⁶³, não veja nada além do patrocínio da igualdade humana. Muitos, com certa razão, depositam em Francisco de Vitoria (1492-1546) como sendo o precursor dos direitos humanos numa escala mundial⁸⁶⁴, já que recebera influências da lei universal e do racionalismo estoico⁸⁶⁵, como também do pragmatismo romano⁸⁶⁶. Mas não podemos nos esquecer de que Vitória era antes de tudo um teólogo e não um jurista, não deixando de cumprir os comandos papais. Tanto que Vitória não considerou como “injusta a conquista da América pelos espanhóis”⁸⁶⁷, tendo justificado o genocídio dos índios na Hispano-América ao fato de terem resistido ao cristianismo⁸⁶⁸.

Acredita-se que o projeto de uma arquitetura para validação jurídica do justo universal, que administra variáveis como *jus gentium* e terra, se não teve aqui sua origem, viu nessa passagem da história um perfil de destaque. O que segue depois são apenas variações de ajustes dessa arquitetura de justo. Pois, se na origem houve um perfil eminentemente eurocêntrico, não se demorou muito para que esse protagonismo fosse dividido com os Estados Unidos, que já na Conferência do Congo, realizada em 1885, integrou o corpo de nações que discutiram ideais universais como humanidade e progresso⁸⁶⁹.

Não é de se estranhar que tenha sido a partir desse momento que uma nova fase de conquistas territoriais ressurgiu matizada pela utilização do elemento força⁸⁷⁰, que para seguir adiante exigiu uma nova releitura do contrato social configurado na Revolução Francesa. Pois, se contrato social de Rousseau foi suficiente à burguesia num primeiro momento, sua força econômica agora precisava se embalar dentro de uma nova legitimidade a fim de propiciar voos mais arrojados. Desse modo, antes de todos e de tudo coube ao poder econômico ser o primeiro a projetar-se para além dos muros do Estado-Nação, afinal, se antes

⁸⁶¹ *Ibidem*, pp. 103 ss.

⁸⁶² Cf. Raffaele De Giorgi, *Direito...*, p. 78.

⁸⁶³ Cf. Christopher Dawson, *Criação do Ocidente: A Religião e a Civilização Medieval*, trad. por Maurício G. Righi, São Paulo, 2016, pp. 36-37

⁸⁶⁴ Cf. Carlos Bretón Mora Hernández, “Los Derechos Humanos en Francisco de Vitoria”, in *EN-CLAVES del Pensamiento*, año VII, nº 14, Ciudad de México, 2014, pp. 35-62 (disponível *online*); Juan Goti Ordeñana, “Principios y Derechos en Francisco Vitoria”, in *Derecho y Opinión*, Córdoba, 1999, pp. 395-404 (disponível *online*).

⁸⁶⁵ Cf. María Cecilia Añaños Meza, “El Título de “Sociedad y Comunicación Natural” de Francisco Vitoria, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Ciudad de México, 2011, pp. 531-538 (disponível *online*).

⁸⁶⁶ Cf. María Cecilia Añaños Meza, “El Título...”, pp. 548-549.

⁸⁶⁷ Cf. Carl Schmitt, *O Nómos...*, pp. 114-117.

⁸⁶⁸ Cf. Niall Ferguson, *Civilização...*, p. 132.

⁸⁶⁹ Cf. Carl Schmitt, *O Nómos...*, p. 244-255.

⁸⁷⁰ Cf. Hannah Arendt, *Origens...*, pp. 189-190.

a política era um mero petrecho secundário, o poder econômico precisou de sua força para novas investidas⁸⁷¹. Com isso, de forma inusitada a teoria política mundial, algo que ensaiava protótipos de globalização, faz coexistir dois tipos de contratos sociais, um endógeno (no formato de Rousseau) e outro exógeno (com as características de Hobbes). Não passa despercebida por Arendt como essa coexistência de contratos sociais teria repercutido no conceito de *jus gentium*. Tendo em vista que se com a Declaração dos Direitos do Homem no século XVIII abandonou-se Deus como ordem diretiva da humanidade, sendo colocado em seu lugar um conceito de justo universal, cuja régua de aferição é a abstrata silhueta do homem, agora, com dois perfis de contrato social em voga, essa régua do justo passa ser concreta e etnográfica⁸⁷². Foi a partir de então que Marcel Conche passou a entender que o conceito de dignidade vinculava-se ao pertencimento à sociedade, ou seja, o sentimento do homem de viver e desempenhar um dos possíveis papéis que se passou a admitir numa dada coletividade⁸⁷³.

Foram estes papéis, revelados e admitidos naquelas sociedades supostamente mais avançadas dentro do eixo EUA-Europa, que passaram a ditar não só conceito de dignidade na baliza das ações de toda humanidade, como seria essa a forma utilizada para identificar o que deveria se entender como evento eficiente, e por isso mesmo prospectável da historiografia humana para compor o direito, e aqueles que seriam que, por não terem essa qualidade, descartáveis.

2.2. *O que ficou de fora do operador do direito e como resgatá-lo?*

Se algo importante foi relegado e precisa ser recuperado, evidentemente só ocorreu porque a teoria do conhecimento subjacente ao direito inventado, em especial após as revoluções oitocentistas, revelou-se falha em algum ponto que ainda desconhecemos. Lembremo-nos de que, neste contexto histórico, Kant aparece com a missão de desmontar a tese de Hume, que colocava na história a responsabilidade de projetar um continuísmo tão forte restando aos homens senão submeter-se passivamente a sua narrativa⁸⁷⁴, um desconforto que sequer lhe podia ser estranho, pois no final do século XVII Cristiano Tomásio sentia idêntico mal-estar⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ *Ibidem*, pp. 192-206.

⁸⁷² *Ibidem*, pp. 395-397.

⁸⁷³ Cf. Marcel Conche, *O Fundamento da Moral*, trad. por Marina Appenzeller, São Paulo, 2006, p. 63.

⁸⁷⁴ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura...*, p. 57.

⁸⁷⁵ Cf. Paolo Prodi, *Uma História da Justiça*, trad. por Karina Jannini, São Paulo, 2005, p. 421.

A contribuição de Kant à Ciência do Direito está precisamente em veicular uma teoria epistemológica capaz de retirar o homem dos grilhões inerciais erigidos lentamente pela história, ou seja, sua ideia residia em retirar o conceito de autoridade que poderia vir junto ao processo de interação do homem com o seu entorno⁸⁷⁶. Difere de Hume na proporção em que acredita que por meio dos juízos sintéticos *a priori*, aqueles conhecimentos que coincidem com quem somos, poderíamos nos desprender da passividade inadvertida da lógica da causa-efeito⁸⁷⁷. Para Kant, o mundo (objeto) nos alcançaria pela sensibilização, estimulando-nos⁸⁷⁸. E, mesmo que se saiba ser o mundo composto por incontáveis fenômenos externos, somente uma parte destes seria capturada e enviada para dentro de uma arquitetura *a priori*, que retornaria depois nas representações que faríamos do mundo⁸⁷⁹. Kant aprofunda-se no tema ao perceber que essas quatro variáveis – sujeito, objeto, sensibilização e representação – seriam manejadas e correlacionadas em duas plataformas para organizar o filme da vida. Por carência de significantes apropriados, cunhados muito depois, denomina de *espaço* tudo aquilo que se encontraria fora do homem e serviria para organizar nossas projeções do mundo⁸⁸⁰, enquanto que denomina de *tempo* aquele conhecimento apodítico, intrínseco ao sujeito, com a função de organizar o conhecimento⁸⁸¹. Se bem lembrarmos, Aristóteles, ao formular sua lógica, ou duto de organização por onde o conhecimento deveria transitar, considerou esse elemento apodítico como sendo os primeiros princípios ou premissas primárias (*apodexis*), uma pressuposição⁸⁸². Embora alguns possam questionar esse tipo de incursão temática, devemos lembrar que a grande aporia do jurista moderno está precisamente em dizer o que deveríamos entender como essa primeira causa, donde todos os demais raciocínios seriam desenvolvidos de forma legítima. Com isso, não se mostra despiciendo o fato de que para Kant a prova da existência de Deus sequer se faria necessária, já que mesmo que O fizéssemos coincidir com o

⁸⁷⁶ Para Kant, nosso acervo de conhecimentos não se compõe só daqueles oriundos da experiência (*a posteriori*), já que existiriam conhecimentos *a priori*, ontológicos, que se confundiriam com o próprio ser. Dessas duas fontes, seríamos capazes de elaborar e emitir duas espécies de juízos; os *analíticos* e os *sintéticos*. Naqueles, o juízo emitido, o predicado e o sujeito estariam ligados de forma imanente, como dizer que todos os homens têm corpos (homem + corpo). Enquanto nos últimos o predicativo seria accidental, como dizer que alguns homens teriam olhos castanhos. É importante nisso tudo percebermos que, para Kant, os juízos provenientes da experiência seriam *sintéticos*, pois agregariam (juízos de ampliação) algo de novo ao que já fora apreendido anteriormente. Logo, a experiência não nos colocaria diante de um juízo universal válido, mas tão somente nos possibilitaria realizar comparações – indução (cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura...*, pp. 46-52).

⁸⁷⁷ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura...*, pp. 53-57.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, p. 71.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, pp. 71-73.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, pp. 73-75.

⁸⁸¹ *Ibidem*, pp. 73-79.

⁸⁸² V. *infra*, n° 396.

plano *apodexi*, não conseguiríamos extrair qualquer referencial para parametrizar as ações humanas.

Para Kant, o que em certos aspectos não deixou de flertar com a Ciência do Direito, o crucial seria como retirar dessa razão pura, derivada do conhecimento *a priori*, as regras que nos ajudassem no exercício de nossas ações. Temática de difícil trato, tanto que somente consegue conceituar essa razão pura de modo indireto, afinal, se o que se pretende é a elaboração de um projeto de emancipação do homem, entende que qualquer prática que dela derive não possa ser condicionada pelos estímulos externos⁸⁸³, pelo menos aqueles que se traduziriam como prazeres e interesses frugais⁸⁸⁴. A grande lacuna que Kant deixa em aberto é o que deveríamos entender por interesses⁸⁸⁵, afinal, para ele muito mais caro seria elaborar um algoritmo que pudesse preservar as ações humanas de qualquer tipo de coerção externa⁸⁸⁶.

Evidentemente que o conceito de interesses é capital ao direito, como evidenciou a fase da jurisprudência dos interesses no início do século passado na Alemanha, já que qualquer ideia do justo tende a se conformar com os interesses eleitos pela comunidade⁸⁸⁷, ideia que fez escola nos estudos de Alexy. De todo modo, essa ponta solta viu-se recuperada por Hegel (1770-1831), que passa a se dedicar em compreender quais seriam os interesses aptos a coagir e os que não teriam essa qualidade.

Hegel começa por imaginar cenários em que o sujeito e o objeto pudessem ser aproximados e até mesmo fundidos, como se o mundo e o homem não fossem tão distantes assim. Com esse exercício acaba colocando o homem dentro da própria dimensão histórica, o que poderia nos afastar dos construtos da historiografia oficial⁸⁸⁸, já que daí conclui que a história do mundo coincidiria com a própria história da consciência da liberdade⁸⁸⁹. Um movimento interessante, pois, ao permitir que filosofia e história se aproximem, na esteira traz aproximações entre universos até então intocáveis, como teoria e prática.

De todo modo, Hegel não desconsidera que vários modelos de representação coletiva acabam sendo criados, aproximando-nos da arquitetura do contrato social. Modelos cooperativos que atuaria por ciclos de aperfeiçoamento ou exaustão, pois no curso da história outras arquiteturas iriam surgindo sem perder as bases daquelas que a antecederam. Não é

⁸⁸³ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Prática...*, p. 26.

⁸⁸⁴ *Ibidem*, pp. 31-37.

⁸⁸⁵ Cf. Max Horkheimer, *Teoria Crítica: Uma Documentação*, trad. por Hilde Chon, São Paulo, 2015, pp. 62-63.

⁸⁸⁶ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Prática...*, pp. 68-77.

⁸⁸⁷ Cf. Karl Larenz, *Metodologia...*, pp. 63 ss.

⁸⁸⁸ Cf. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *A Razão na História: Uma Introdução Geral à Filosofia da História*, trad. por Beatriz Sidou, 2ª ed., São Paulo, 2001, pp. 45 ss.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, pp. 66 e 115.

mera coincidência que vimos aqui o fenômeno *feedback*, já que Hegel sabe que a evolução do contrato social tanto pode reclamar um aprimoramento do Estado, ou mesmo sua aniquilação, para que outro modelo apareça⁸⁹⁰. Já vimos que o *feedback* compreende-se como sendo um mecanismo cujo escopo é retroalimentar o sistema, tornando-o reflexivo de um padrão. Por exemplo, se um aluno, depois de ser reprovado em matemática, deduz que precisa estudar no mínimo uma hora por dia para conseguir êxito, certamente que essa mensagem uma vez absorvida será ajustada para compassar sua vida escolar futura. O que não foi dito é que o fenômeno *feedback* pode operar em duas frequências distintas. Uma feição negativa e outra com sinal positivo. Naquela o sistema responde de forma a estabilizar o ruído, apreendendo-se e aprendendo o padrão. Quando Dworkin lança críticas ao positivismo, ao convencionalismo, ao pragmatismo e ao utilitarismo, o que pretende fazer é senão localizar no próprio sistema esses padrões já apreendidos, já que o direito precisaria ser construído como se fosse a escrita de romance em cadeia, ainda que por autores diferentes⁸⁹¹. O que por si não quer dizer muito, afinal, a *Detainee Treatment Act* parece ter sido um padrão já testado na Segunda Guerra Mundial e que se vê recuperado para lidar com alguns cenários da atualidade⁸⁹². Já no *feedback* positivo o que se faz é senão amplificar um fenômeno de igual sinal⁸⁹³. A Revolução Francesa é emblemática como exemplo. Afinal, lembremo-nos de que para Edmund Burke na essência da revolução estavam interesses particulares e menores que foram ampliados pela manobra dos interesses da grande maioria da população⁸⁹⁴. Ressalta-se que esses perfis podem nos colocar diante de dois cenários: a elevação do sistema para outro patamar de equilíbrio homeostático ou sua desintegração⁸⁹⁵.

A partir do momento que Hegel passa a compreender que a força motriz dessa dinâmica cíclica⁸⁹⁶ retira seus padrões do conceito de liberdade⁸⁹⁷, em especial do projeto abstrato que ganha concretude nos papéis distribuídos no contrato social⁸⁹⁸, não só diminui a distância entre a ideia e a matéria, ou entre a teoria e a prática⁸⁹⁹, como também revela a importância do contrato social na construção da realidade.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, pp. 78-82.

⁸⁹¹ Cf. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, trad. por Jeferson Luiz Camargo, 3ª ed., São Paulo, 2014, pp. 271 ss.

⁸⁹² V. *infra*, nº 765.

⁸⁹³ Cf. Isaac Epstein, *Cibernética*, São Paulo, 1986, pp. 40-41.

⁸⁹⁴ V. *infra*, nº 753.

⁸⁹⁵ Cf. Isaac Epstein, *Cibernética...*, p. 32.

⁸⁹⁶ Cf. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *A Razão...*, pp. 105-107.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, pp. 87-91.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 115.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, p. 116.

2.2.1. Absorção da história pela teoria do contrato social e suas reverberações na teoria do direito

Mesmo que Marx inicialmente veja essa aproximação entre a filosofia e a história com estranheza, ao se dedicar a escrever *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, em 1843, sua posição se altera parcialmente em 1867 ao publicar o *Capital*. É aqui que toma de empréstimo a dialética hegeliana, muito embora veja com temperamentos a associação desses planos, pois, tal como ocorrera com a escola histórica do direito, ao se pender para o lado da filosofia, acredita que tenderíamos a legitimar nossas ações no conhecimento que julgamento ter a *priori*⁹⁰⁰. Por isso compreende que de alguma forma seria preciso controlar as plataformas idealistas⁹⁰¹, sob pena de toda legislação civil se mostrar servil à força descomunal do Estado⁹⁰². O curioso é que tempos mais tarde, na antiga URSS, a mesma força descomunal do Estado é utilizada para matar milhões, como forma de garantir que a balança pendesse para o lado da prática que se afeiçoou aos estudos marxistas⁹⁰³.

De todo modo, o grande diferencial da dialética de Hegel e Marx é que enquanto aquele atribuía ao elemento espiritual a força exógena que incidia e calibrava a organização do contrato social, Marx entende que seriam as forças da economia que de alguma forma ditava esse desempenho⁹⁰⁴. O que fez toda a diferença, afinal, com essa perspectiva consegue apreender um fenômeno envolvendo a relação de liberdade e contrato social que Hegel teria deixado escapar. De fato, quando o arranjo social se encaixa na arquitetura do contrato social institucionalizado, o ciclo dialético da história da humanidade tenderia a se ver travado pelos

⁹⁰⁰ Cf. Karl Marx, “Crítica...”, p. 152.

⁹⁰¹ Cf. Karl Marx, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, trad. por Rubens Enderle/Leonardo de Deus, 3ª ed., São Paulo, 2013, p. 34.

⁹⁰² *Ibidem*, pp. 33-34.

⁹⁰³ Cf. Claude Bertin, “Os Processos de Moscou”, in *Os Grandes Julgamentos*, Rio de Janeiro, 1976, pp. 14 ss.

⁹⁰⁴ Joseph Schumpeter, absorvendo a mecânica da dialética reformulada por Marx, compreende que este simplificou essa força motriz da humanidade pela tensão de duas classes antagônicas, o dono do capital e o proletariado. Em sua obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, publicada em 1942, Schumpeter tenta recolocar o carro nos trilhos aos nos reaproximar mais uma vez do fenômeno *feedback* quando inaugura o conceito da destruição criativa para demonstrar que as sociedades se destroem para colocar algo mais evoluído em seu lugar (cf. Thomas K. MacCraw, *O Profeta da Inovação*, trad. por Clóvis Marques, Rio de Janeiro, 2012, pp. 371-401). O interessante é que esse perfil de forças que se equilibram em uma evolução concertada entre forças antagônicas está por trás do Direito indiano e sua matriz hermenêutica hindu, que acomoda essas forças (*Brahman, Vishnu e Shiva*) dentro da arquitetura do sistema social (cf. Antônio Augusto Machado de Campos Neto, “O Hinduísmo, O Direito Hindu, O Direito Indiano”, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 104, São Paulo, 2009, pp. 71-111).

interesses alguns poucos que ganharam espaço no curso da história⁹⁰⁵, o que bloquearia o curso do processo de emancipação do homem⁹⁰⁶.

Muito embora o caminho para destravar o processo de emancipação do homem manobrando os mecanismos do contrato social não tenham tido êxito nos caminhos abertos por Marx, o que nos importa é perceber como a relação do contrato social e a teoria epistemológica passou a se tornar cara aos operadores do direito, dimensão que as teorias constitucionais não deixarão de explorar. Inclusive para levar para frente aquilo que nem bem conseguem compreender, o tal pós-positivismo, que só de forma tangencial foi roçado no Capítulo I.

2.3. *Uma leitura possível do pós-positivismo: a teoria crítica como base da teoria neoconstitucional*

Supostamente exaurida dos ensaios infrutíferos, as teorias neoconstitucionais, como solução, parecem se aproximar das bases iniciadas em Hegel na tentativa de diminuir as distâncias entre a teoria e a prática, um movimento filosófico que se viu recuperado por Horkheimer na antevéspera da Segunda Guerra Mundial e que ficou conhecido como Teoria Crítica⁹⁰⁷. Matriz filosófica que, mesmo sendo submetida a algumas variações adaptativas, poderia justificar os desenvolvimentos dogmáticos patrocinados pelas teorias neoconstitucionais, apesar de que, devemos reconhecer, pouquíssimos são aqueles que chegam a tocar no tema, como o constitucionalista equatoriano Ramiro Ávila Santamaria⁹⁰⁸, que o faz de forma *an passant*.

2.3.1. O surgimento da teoria crítica

Horkheimer observa que nosso modelo educacional, reforçado pela vida prática, acostumou-nos a organizar os pensamentos de tal forma que nossos raciocínios foram treinados a eleger princípios mais elevados, hierarquizados no eixo da história, com o

⁹⁰⁵ Cf. Karl Marx, *O Capital*, trad. por Gabriel Deville, 3ª ed., São Paulo, 2016, p. 20.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 24-25.

⁹⁰⁷ Cf. Max Horkheimer, “Filosofia e Teoria Crítica”, in *Os Pensadores*, Zeljko Loparić/Otília B. Fiori (orgs.), vol. XLXIII, São Paulo, 1975, pp. 163-169.

⁹⁰⁸ Cf. Ramiro Ávila Santamaria, *El Constitucionalismo Transformador: El Estado y El Derecho en La Constitución de 2008*, Quito, 2011, p. 75 ss.

propósito de deles retirar deduções aos fatos chegam a nós a todo instante⁹⁰⁹. O grande problema, observa Horkheimer, é que ao abstrair eventos, não tendo sido outra a técnica do direito moderno como nos mostrou Luhmann⁹¹⁰, chegamos àquilo que Georg Simmel (1858-1918) denominou de “fundamentação a-histórica”⁹¹¹, o que daria espaço para o surgimento de modelos ideológicos⁹¹². Basta lembrar que entre o texto e a realidade encontra-se o homem que precisa lidar com as contingências que lhe saltam à frente, não tendo outra ferramenta senão a argumentação para adaptar o texto de um modo funcional ao contexto e, em se tratando das ciências sociais aplicadas, esse tipo de raciocínio só é legitimamente aceito se for extraído de modelos teóricos prontos⁹¹³.

Pode não parecer, mas essa perspectiva explorada por Horkheimer consegue forçar os horizontes dos operadores do direito às últimas consequências, em especial por nos revelar como devemos compreender conceitos como interesses ou valores de um outro ângulo que até agora não chegamos a explorar. De fato, Horkheimer revela que, após identificar e fracionar aqueles fatos históricos que julgamos importantes, propomo-nos a recompô-los artificialmente em uma historiografia paralela e sequencial, gerando uma estrutura que limitaria o estoque de informações nas operações de nosso raciocínio, já que qualquer investida além desse sequenciamento linear e artificial da história seria naturalmente bloqueado⁹¹⁴.

A proposta da teoria crítica consistiria em possibilitar novas maneiras de apreensão e aprendizagem da história⁹¹⁵. Diferentemente da visão mecanicista de Max Weber⁹¹⁶, Horkheimer projeta uma relação sujeito-contrato social que chega ao nível ontológico⁹¹⁷. Em face disso, o intérprete crítico seria chamado a abandonar a função de ser mero registrador e classificador de eventos e passaria a exercitar a compreensão e a manipulação das forças e antiforças operantes no sistema social⁹¹⁸. No fundo, o que se propôs foi a reabertura das pautas eleitas, de onde partiriam as deduções dos conceitos universais⁹¹⁹. Uma ideia que também pode ser vista pela cibernética, enquanto etapa evolutiva da epistemologia, no engenho denominado de observador de 2ª ordem. Originalmente elaborado por Heinz Von

⁹⁰⁹ Cf. Max Horkheimer, “Filosofia...”, pp. 125-129.

⁹¹⁰ V. *infra*, nº 813.

⁹¹¹ Cf. Georg Simmel, *Ensaio sobre Teoria da História*, trad. por Estela dos Santos Abreu, Rio de Janeiro, 2011, pp. 9-10.

⁹¹² Cf. Max Horkheimer, “Teoria Tradicional...”, p. 129.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 132.

⁹¹⁴ *Ibidem*, pp. 134-140.

⁹¹⁵ *Ibidem*, p. 146.

⁹¹⁶ Cf. Leo Strauss, *Direito...*, pp. 43-48.

⁹¹⁷ Cf. Max Horkheimer, “Teoria Tradicional...”, pp. 149-153.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 154.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 149.

Foerster num *paper* datado de 1979, a ideia central aqui é trazer para o campo de visão do observador o próprio observador, ou seja, aquele que observa ao mesmo tempo integra o campo de sua observação⁹²⁰. Ao se reagruparem o sujeito, o contrato social, as experiências passadas, que inclui o próprio perfil diacrônico do conceito de liberdade, passa-se a ver o sistema de outro ângulo funcional⁹²¹, inclusive com repercussão na forma como o operador do direito deve se relacionar com os planos semânticos e pragmáticos da linguagem. O curioso é que os trabalhos de Foerster foram influenciados por Wittgenstein, não sendo exagero dizer que o observador de 2ª ordem tem pontos de conexão com a linguística⁹²². Desse modo, ao imaginar que construtos como o observador de 2º ordem é encontrado no momento em que a teoria e a *práxis* concorrem na tarefa contínua de reestruturar a sociedade⁹²³, deixa-se de admitir critérios apriorísticos que se prestam a validação⁹²⁴.

2.3.2. Uma variante da teoria crítica para os países em desenvolvimento: Do *jus gentium* ao Concílio do Vaticano II

A teoria crítica que atravessou o Atlântico a partir da década de 60 chegou primeiramente à América Latina⁹²⁵, com expansão aos países africanos e até mesmo a países fora desses continentes, como o Timor-Leste⁹²⁶, viu-se necessitada de aditivos teóricos para lidar com cenários de pobreza extrema, algo sem comparação no eixo Estados Unidos-Europa. Esse plano teórico adicional ganhou reforço depois que o Concílio Vaticano II (1962-1965), da Igreja Católica Apostólica Romana, propôs colocar em prática o postulado do “sacramento da salvação universal”⁹²⁷, redirecionando seu plano dogmático traçado pelo Concílio Vaticano I (1869-1870), em que, se até então o que se tinha em mente era a junção

⁹²⁰ Cf. Humberto Maturana/Francisco Varela, *De Máquinas...*, p. 102; Heinz Von Foerster, “Por una nueva Epistemología”, in *Metapolítica*, vol. 2, nº 8, 1998, pp. 629-641 (disponível *online*); Bernad Scott, “Heinz Von Foerster – An Appreciation”, in *Cybernetics and Human Knowing*, vol. 10, nº 2, p. 155 (disponível *online*).

⁹²¹ Cf. Max Horkheimer, “Teoria Tradicional...”, p. 154.

⁹²² Cf. Manfredo A. de Oliveira, *Reviravolta...*, p. 120.

⁹²³ Cf. Max Horkheimer, “Teoria Tradicional...”, p. 156.

⁹²⁴ Cf. Humberto Maturana, “A Biologia da Linguagem. A Epistemologia da Realidade”, in *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/*et. al.* (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014, p. 151.

⁹²⁵ Cf. Marco Antônio Mitidiero Junior, *A Ação Territorial de uma Igreja Radical: Teologia da Libertação, Luta pela Terra, Comissão Pastoral da Terra no Estado da Paraíba*, São Paulo, 2008 (tese em Geografia), USP – Universidade de São Paulo, p. 84.

⁹²⁶ Para estudo sobre o tema, cf. Nazareth Oliveira/Carla de Marcelino Gomes/Rita Páscoa dos Santos, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*, Coimbra, 2015.

⁹²⁷ Cf. Irinéia Maria Franco dos Santos, *Luta e Perspectiva da Teologia da Libertação. O caso da Comunidade São João Batista, Vila Rica, São Paulo: 1980-2000*, São Paulo, 2006, mestrado (dissertação em História), USP – Universidade de São Paulo, p. 26.

da fé com a racionalidade que primava seus passos⁹²⁸, passou-se a prestar atenção no homem comum que, tal como o Cristo histórico, era um sofredor. Como veremos, essa transposição de planos do Cristo mitológico ao Cristo-homem (item 1 do *Gaudium et Spes*)⁹²⁹ tem consequências no plano hermenêutico e que as teorias constitucionais dos países em desenvolvimento não desperdiçam, visto significar uma renovação crítica ao pragmatismo⁹³⁰.

O fato é que depois de cruzar o Atlântico, numa roupagem que passou a ser conhecida por Teologia da Libertação⁹³¹, retoma-se mais uma vez a dialética marxista-hegeliana⁹³², adaptando-a para trazer o Cristo-homem, que passa ser o referencial de partida para a construção de um novo modelo de contrato social⁹³³, embora tal formato muito se pareça com a teoria da justiça de Rawls⁹³⁴. Com isso, não deixando de ser representativo do fenômeno o texto *Dignitatis Humanae*, publicado pelo Papa Paulo VI no ano de 1965, passa-se a reconhecer um conceito concreto de dignidade, que se identifica com o homem, sofredor como o próprio Cristo⁹³⁵.

De todo modo, para o argentino Scannone, um projeto dessa magnitude só conseguiria ser levado adiante se com ele um novo projeto hermenêutico viesse a reboque, permitindo uma efetiva fusão de horizontes históricos, inclusive daqueles que a história até não

⁹²⁸ Cf. Wolfgang Pauly, “A Era do Iluminismo e seus efeitos até a Revolução Francesa”, in *História da Teologia Cristã*, Wolfgang Pauly (org.), trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012, p. 170.

⁹²⁹ Disponível no sítio eletrônico do Vaticano (www.vatican.va).

⁹³⁰ Cf. Juan Carlos Scannone, “La Filosofía de la Liberación: Historia, Características, Vigencia actual”, in *Teología y Vida*, vol. L, 2009, pp. 61-62; Manfredo A. de Oliveira, *Reviravolta...*, pp. 389 ss.; Joseph Card. Ratzinger, “Instrução sobre alguns aspectos da Teologia da Libertação”, texto disponível *online*, no sítio eletrônico oficial do Vaticano (www.vatican.va).

⁹³¹ Para uma dimensão do grau de influência em todos os campos da teoria da libertação, Caetano de Carli/Elizardo Scarpati Costa, “Os Movimentos Sociais e a Crítica ao Local de Produção do Conhecimento Científico”, in *Revista da Faculdade de Letras do Porto*, vol. XXVI, Porto, 2013, pp. 139-162; Robson Sávio Reis Souza, “O Comunitarismo Cristão e suas Influências na Política Brasileira – Uma Revisão sobre o Comunitarismo Católico Brasileiro”, in *Revista Horizonte*, vol. 6, nº 12, Belo Horizonte, jun.2008, pp. 41-68 (disponível *online*); Clóvis Lopes Colpani, *A Influência da Teoria da Libertação na Formação da Teoria dos Direitos Humanos a partir da Realidade Latino-americana*, Florianópolis, 2002, mestrado (dissertação em Direito), UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, pp. 101 ss.; Márcia Vital Neves, *Teologia da Libertação, Mística e MST: O Papel da Comunicação Global na Organização Política do Movimento*, Fortaleza, 2014. A projeção do Concílio Vaticano II se estende para todas as áreas dos direitos humanos, incluindo a igualdade feminina, com repercussão no surgimento de uma hermenêutica feminina (cf. Monika Jakobs, “Teologia Feminina”, in *História da Teologia Cristã*, Wolfgang Pauly (org.), trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012, pp. 287-313).

⁹³² Cf. Irinéia Maria Franco dos Santos, *Luta...*, p. 21.

⁹³³ Cf. Eric Hobsbawm, *A Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991*, trad. por Marcos Santarrita, São Paulo, 1995, pp. 432-438; Sandro Ramon Ferreira da Silva, *Teologia da Libertação: Revolução e Reação Interiorizadas na Igreja*, Niterói, 2006, mestrado (dissertação História), UFF – Universidade Federal Fluminense, pp. 43-45.

⁹³⁴ De fato, enquanto para Marx todos deviam a igualdade seria um ponto de chegada patrocinado pelo Estado, para Rawls o Estado deveria apenas garantir uma distribuição do saldo positivo dos haveres sociais, (cf. *Uma Teoria...*, p. 347), perfil que se alinha melhor as propostas da teoria da libertação.

⁹³⁵ Cf. Papa Paulo VI, “*Dignitatis Humanae*”, texto disponibilizado no sítio eletrônico do Vaticano (www.vatican.va).

enxergava⁹³⁶, já que o homem, individualmente considerado, passa ser o referencial mais importante do contrato social. Mas essa fusão de horizontes nada tinha de solipsista, já que Scannone pretendia colocar “a categoria “nós” (...) em primeiro lugar, em contraposição ao “*logos* solipsista” (...)” dentro do processo hermenêutico⁹³⁷.

Acredita-se que foi diante de todo esse cabedal teórico que uma nova perspectiva constitucional conseguiu espaço para se desenvolver, em especial nos países da América Latina.

3. O desenvolvimento dogmático das teorias neoconstitucionais

3.1. Notas Introdutórias

Se fosse possível perguntar a qualquer operador do direito qual a expressão que melhor retrataria o fenômeno do neoconstitucionalismo, certamente a maioria não deixaria de fazer referência ao princípio da dignidade. Com toda razão, afinal, essa teria sido a chave utilizada para destrancar o contrato social, apresentando-lhe novas possibilidades hermenêuticas depois da Segunda Guerra Mundial. Tanto que Daniel Sarmiento, em estudo relacionado ao tema, observa que a categoria atualmente integra 149 de um total de 194 Constituições no mundo⁹³⁸. O que não deixa de ser uma leitura reducionista, já que muitas destas não passam de um signo simbólico, a exemplo do artigo 33, seção 1, da Constituição da Síria e do artigo 24 da Constituição afegã. Não se está a falar em nada próximo do que acontece com o artigo 1º da Constituição de 1947 do Japão, na qual se reconhece que o imperador é um símbolo nacional. Aqui, queira-se ou não, estamos diante de um aspecto cultural que, no mínimo, em razão de sua marcha histórica, tem aptidão de projetar feixes culturais que, mesmo em grau tênue, delimita a hermenêutica jurídica. Por outro lado, países como os Estados Unidos, que não fazem qualquer referência explícita ao princípio, não deixam de promover importantes incursões no que toca ao tema⁹³⁹.

⁹³⁶ Cf. Juan Carlos Scannone, “La Filosofía...”, pp. 62-70.

⁹³⁷ Cf. Manfredo A. de Oliveira, *Reviravolta...*, p. 397.

⁹³⁸ Cf. Daniel Sarmiento, *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, Belo Horizonte, 2016, pp. 13-14.

⁹³⁹ Cada vez mais a doutrina norte-americana vem se dedicando mais ao tema (cf. Jeremy Waldron, “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, in *Harvard Law Review*, vol. 123, 2010, pp. 1.596 ss.). Dentre várias publicações recentes, a *Harvard Law Review* apresentou um estudo sobre o direito das minorias e o perigoso retrocesso das políticas afirmativas nos Estados Unidos nesses períodos de avanço de uma direita para lá de direita (cf. Elise C. Boddie, “The Future of Affirmative Action”, in *Harvard Law Review*, vol. 130, 2016, pp. 38-50). Emily Chertoff vai mais longe na *Yale Law Review* e avalia a violência de gênero praticada pelo Estado

Diante desse cenário, somos convidados a refletir o que estaria por trás do fenômeno e se foi ele realmente localizado pelas teorias neoconstitucionais. Ainda que Jorge Reis Novais insista na tese de que estaríamos diante de uma categoria jurídica nova, acredita-se que nada há de novo, pelo menos no que se refere ao parâmetro adotado, qual seja a estruturação do próprio Estado⁹⁴⁰. Essa tese de inauguração com data marcada não resiste à publicação veiculada no *The Yale Law Journal*, onde seus articulistas conseguem demonstrar que o conceito de dignidade, por mais fluídico que seja, sempre esteve relacionado à evolução dessa estrutura⁹⁴¹. Leitura que se confirma ao se tomar como exemplo a etapa gestacional do *habeas corpus*, cuja vocação se destinava ao tema do excesso de tributação instituída pelo rei Carlos Stuart ante os nobres locais, ou seja, sua proposta cingia-se ao equilíbrio de poder entre pessoas seletas de um dado momento da história, perfil concertado do contrato social naquele estágio da humanidade⁹⁴².

Ajustando-se, ainda que de forma inadvertida, ao texto *Dignitatis Humanae* de Papa Paulo VI, parece-nos crível que o conceito moderno atribuído ao princípio da dignidade, ao se propor destravar as engrenagens do contrato social⁹⁴³, deu-se no desenvolvimento de uma dogmática capaz de corporizar minimamente o programa constitucional, cujo parâmetro passou a ser a cláusula da não coisificação do homem⁹⁴⁴, construção que se foi buscar em Kant⁹⁴⁵. O interessante é que mediante essa aproximação insólita à Kant o direito não deixa de repensar a dogmática que se relaciona aos direitos fundamentais. A margem da discricionariedade política é colocada em discussão na medida em que se percebe que os direitos fundamentais não se prestariam apenas para afastar riscos de lesões, tal qual

Islâmico (cf. “Prosecuting Gender-Based Persecution: The Islamic State at the ICC”, in *Yale Law Review*, vol. 126, nº 4, fev. 2017).

⁹⁴⁰ Cf. Jorge Reis Novais, vol. I, *Dignidade e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2016, p. 84. Do mesmo autor, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2014, pp. 51-100.

⁹⁴¹ Cf. Lawrence G. Sager, “Congress’s Authority to Enact the Violence Against Women Act: One More Pass at the missing Argument”, in *The Yale Law Journal Online*, vol. 121, abr.2012, pp. 629-638 (disponível *online*).

⁹⁴² Cf. Christopher Hill, *O Século das Revoluções: 1603-1714*, trad. por Alzira Vieira Allegro, São Paulo, 2012, pp. 51-60.

⁹⁴³ O grau de ativação da força ilocucionária do conteúdo constitucional, o que pode demandar forçada reestruturação do contrato social, depende, sobretudo, do nível de distanciamento que o contexto encontra-se do texto. Nesse aspecto se compreende porque os juristas lusitanos, em sua maioria, não admitem que a Constituição parametrize diretamente relações entre iguais (cf. José João Nunes Abrantes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990, p. 106; Paulo Mota Pinto, “A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jürg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), Coimbra, 2007, p. 154). Diferente é a percepção da doutrina brasileira que, ante a apatia crônica do legislativo e do executivo, compreendem que a vocação dos direitos fundamentais seria a de garantir não o direito em si, como acredita Novais (cf. *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I..., p. 84), mas o próprio bem material.

⁹⁴⁴ Por todos, cf. Daniel Sarmento, *Dignidade...*, pp. 101-131.

⁹⁴⁵ Cf. Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, trad. por Leopoldo Holzbach, São Paulo, 2011, p. 59.

imaginadas no constitucionalismo clássico, mas deveriam ser concretizados para satisfazer o mínimo existencial, sob pena de abrir espaço para que o Poder Judiciário pudesse atuar supletivamente⁹⁴⁶. Leitura que se ajusta às propostas da Teoria Crítica latina e cujos reflexos dogmáticos se fizeram sentir nos seguintes planos: (a) contrato social; (b) teoria da norma jurídica; (c) teoria dos valores; e, (d) teoria da argumentação.

3.1.1. Os reflexos das teorias neoconstitucionais no contrato social

Já tivemos a oportunidade de dizer que os Estados Unidos e a América Latina, aparentemente submetidos a contextos próximos, seguiram por padrões de evolução distintos. O que não se disse é que essa dicotomia de desenvolvimento estaria intimamente associada à teoria do contrato social, situação que se clarifica quando se presta atenção a dois luminares da independência, George Washington, na América do Norte, e Simon Bolívar, na América do Sul. Enquanto nos Estados Unidos se procurou construir um constitucionalismo endógeno, que reproduz o contrato social de Rousseau, Bolívar, mesmo tendo recebido influências da Revolução Francesa, deixou-se seduzir pelas ideias de Hobbes, o que teria feito toda diferença⁹⁴⁷. Basta darmos uma rápida olhada na Constituição da Colômbia de 1828, introduzida pelo Decreto Orgânico da Ditadura.

Para que se tenha uma ideia, o artigo 18 desse documento foi hábil em retirar quaisquer direitos fundamentais nos casos de crime contra o Estado, delito que se afigurava extremamente aberto. A situação piora quando se constata que o artigo 1º (5) do mesmo texto outorga aos decretos executivos mais força do que aquela ostentada pela própria lei. Embora não se pretenda fazer qualquer juízo de valor a respeito dessa opção, uma justificativa para que surgissem modelos de contratos sociais tão distintos pode ser buscado de Leo Strauss, quando nos leva a pensar que um protomaterialismo dialético já se fazia sentir em Hobbes, em especial porque lhe coube, antes de muitos, aquilatar a dimensão ideal do sistema com a dimensão prática. De fato, ao perceber que a tradição clássica fracassara em fornecer respostas convincentes, compreendeu que somente o aparato de organização do sistema social

⁹⁴⁶ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre, 2015, pp. 143-147. Sobre a impossibilidade de se retirar esse mínimo pela política, Cristina Queiroz, “Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007, pp. 165-216. Para contraponto, Alexandre Sousa Pinheiro, “A Jurisprudência da Crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013)”, in *Observatório de Jurisprudência Constitucional*, ano 7, nº 1, Brasília, jan./jun. 2014, pp. 168-189 (disponível online).

⁹⁴⁷ Cf. Niall Ferguson, *Civilização...*, pp. 149 ss.

operado diretamente pelo homem poderia de alguma forma revelar o conceito de justiça⁹⁴⁸. Mas o interessante é que mesmo em Hobbes é possível ver como esse conceito de justo contratual seria justificado. Lembremo-nos de que já tivemos a oportunidade de sustentar que Hobbes, no ano de 1675, avança em seu projeto teórico na medida em que lhe permitiam as circunstâncias, muito embora já estivessem disponíveis no ano de 1649 as informações necessárias para compreender como as engrenagens do sistema funcionariam. Com efeito, hoje, ao se debruçar sobre algumas passagens do processo judicial as quais o rei Carlos Stuart fora submetido, fica-se surpreendido com a incredulidade do rei, já que para ele a legitimidade de suas ações tinha ascendência divina⁹⁴⁹. O que o rei não percebe é que foi a própria Bíblia que fora sacada para condená-lo à morte. Afinal, em suas passagens não havia nada que autorizasse ser um homem melhor que os demais⁹⁵⁰. Nesse contexto, supõe-se que Hobbes tenha percebido que a principal relação que força a promoção do contrato social não seria a do sujeito-sociedade, mas a relação sujeito-sujeito, não deixando de ser curioso que a própria organização topográfica de sua obra é iniciada com o título, *Do Homem*⁹⁵¹.

Esse plano de investigação talvez consiga justificar a diferença do perfil do contrato social que surgiu em ambos os contextos. Diferentemente dos Estados Unidos, que contavam com uma população com intenções e projetos mais ou menos uniformes, na América Latina o que se tinha era um substrato cultural e populacional altamente diferenciado que precisava ser orquestrado de alguma forma, não se tendo surgido outra ideia senão a invocação da tutela da força. Somente quando se percebe a falência desse modelo, não sem antes ter feito escola pelos diversos Estados-nações da região, é que ajustes à teoria constitucional aparecem.

Não deixa de ser curioso que a atuação supletiva do judiciário, embora levada ao extremo em alguns países da América Latina, já ensaiava movimentos na *common law*⁹⁵², e é esse o caminho que se utiliza para reequilibrar as relações intersubjetivas no bojo do contrato social. Mas que para isso fosse possível, seria preciso desenvolver uma nova teoria normativa, que, apenas em aparência, pode buscar similitudes com o que se viu na *common law*.

⁹⁴⁸ Cf. Leo Strauss, *Direito...*, pp. 205-217.

⁹⁴⁹ Cf. Claude Bertin, “Maria Stuart-Carlos I”, in *Os Grandes Julgamentos da História*, tradutores não indicados, São Paulo, 1978, pp 162-163, 212-213 e 231.

⁹⁵⁰ Cf. Christopher Hill, *O Século...*, pp. 187-188.

⁹⁵¹ Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã...*, pp. 18-135.

⁹⁵² Cf. Laurence H. Tribe, “Transcending the Youngstown Triptych: A Multidimensional Reappraisal of Separation of Power Doctrine”, in *The Yale Law Journal*, vol. 126, jul., 2016, pp. 86-106 (disponível *online*). Tese reconhecida pela Corte Constitucional brasileira no julgamento de relatoria do Min. Carlos Britto, na Adin 2.911/ES, publicado no DJU, de 2 de fevereiro de 2007 (disponível: www.stf.jus.br).

3.1.2. Revolução da teoria normativa: o surgimento dos princípios e seu suposto ponto de partida moderno

Para muitos teria sido Dworkin, lá nos idos de 70 do século passado, quem primeiro teorizou que os princípios pertenceriam à classe das normas jurídicas. Um equívoco que precisa ser desmontado se se quiser avançar na compreensão de um fenômeno que o jurista norte-americano teve o mérito de elucidar e que há muito se apercebia no direito anglo-saxão. Tomá-lo como ponto de partida, como parece ser praxe na Ciência do Direito, é querer que o operador do direito extraia do processo classificatório um instituto altamente operável no sistema jurídico sem tomar o cuidado de investigar as características e os potenciais que foram sendo conformados à categoria ao longo de sua existência.

Ao observarmos a historiografia inglesa no entorno do século XV, perceberemos que, tão logo a chegada dos Stuarts ao trono inglês, por conta de sua origem escocesa, criou-se um desconforto cultural⁹⁵³ que, pelo menos no plano do direito, afigurou-nos de todo hábil para cadenciar a marcha de desenvolvimento da *common law*. Com efeito, a dinastia Stuart, com características perdulária e autoritária, chega ao poder instituindo políticas de exações desmedidas⁹⁵⁴, descompasso que leva o parlamento a propor medidas de reequilíbrio como a adoção de uma “constituição compartilhada” ou alusões à lei fundamental como limitadora do poder régio, embora desconhecesse como conceituar o que seria essa norma donde todas as demais derivariam⁹⁵⁵. Talvez uma medida desesperada para conceder ao contrato social o mesmo padrão de equilíbrio que até então vinha sendo compassado. Mas, uma vez deflagrada a crise, uma classe intermediária, os *levellers*, que também procuravam se estabelecer entres os detentores do poder⁹⁵⁶, aparecem como alento à força do parlamento que se opunha ao fortalecimento do poder régio, mas não sem reclamarem seu naco e consequente reajuste no contrato social que, para eles, até então, não passa de uma peça de ficção⁹⁵⁷. Entre idas e vindas, ao se perceberem que todos saíam perdendo, surge a Revolução Gloriosa de 1688 com a proposta de equalizar o interesse de todos. Com isso a carta de direitos que dela deriva ao mesmo tempo em que bloqueia os abusos do rei, permite-lhe o retorno ao trono⁹⁵⁸.

⁹⁵³ Para uma visão dessa fusão de estilos e cultura, com repercussões em diversos setores da política inglesa, cf. Perry Anderson, *Linhagens do Estado Absolutista*, trad. por Renato Prelorentzou, São Paulo, 2016, pp. 145-153.

⁹⁵⁴ Cf. Christopher Hill, *O Século...*, pp. 59 ss.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 72-73.

⁹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 139 ss.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, p. 140.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 295 ss.

Ficou estabelecido que os tribunais judiciais continuariam sendo exercidos pelos juízes locais, pois imersos na cultura doméstica, com a diferença que agora não poderia haver qualquer ingerência régia⁹⁵⁹. Isso é deveras importante na medida em que a manutenção do cargo pelos juízes não era proveniente da discricionariedade real, mas das contas que prestavam de seus desempenhos. Os juízes deveriam respeitar a evolução da cultura e da ética local, desviando-se dos mandos régios⁹⁶⁰. A partir dessa reviravolta, o direito passa a caminhar por uma marcha de desenvolvimento independente de qualquer manifestação prévia do legislativo, o que não quer dizer que o parlamento não atuaria como uma corte constitucional para acomodar essa evolução dentro das estruturas do contrato social. Foram esses os haveres que chegam aos Estados Unidos para daí ganhar vida própria.

Cabe registrar que o juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver W. Holmes Jr. já teria tangenciado essa forma de evolução ao realizar um estudo comparativo com o direito romano em 1881⁹⁶¹, leitura que se tornou mais evidente quando, no ano de 1897, publica um artigo na *Harvard Law Review* com a intenção de demonstrar que o direito, se por um lado não deve ser tratado como uma matéria matemática, também não pode se descolar da tradição e história⁹⁶². Foi essa tecnologia que permitiu aos cientistas do direito dos países em desenvolvimento encontrar o cabedal para levar a *civil law* a destravar o direito positivo.

3.1.2.1. A teoria dos princípios segundo a teoria neoconstitucional

Como categoria normativa, sabemos que os princípios podem ser sistematizados dentro de um cardápio de opções para todo paladar científico. Seja como for, podemos dizer que os adeptos da teoria desse novo constitucionalismo parecem buscar na concordância dos modelos de Dworkin e Alexy uma terceira figura. Enquanto naquele se buscava a tecnologia para acompanhar a velocidade do mundo, em Alexy o mecanismo para tornar operável a teoria de valores. Com isso, se antes até já vislumbrava pouquíssimas incursões políticas pelos Tribunais Constitucionais, como nos casos das sentenças aditivas, em que o âmbito de aplicação da norma é expandido para abarcar casos supostamente esquecidos pelo legislador

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 124.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 305 ss.

⁹⁶¹ V. *infra*, nº 53.

⁹⁶² Cf. Oliver Wendell Holmes Jr, “The Path of the Law”, in *Harvard Law Review*, nº 110, 1897, pp. 457-478. De qualquer forma, essa engenharia de adaptação concertada do direito diante das novidades, sequer pode ser atribuída a Holmes, que só se prestou a conceder clareza ao fenômeno (cf. Allen Mendenhall, “Oliver Wendell Holmes Jr. and the Darwinian Common Law Paradigm”, in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, vol. II, 2015, pp. 129-148).

em desrespeito ao princípio da igualdade⁹⁶³, com o desenvolvimento dogmático em tela esse perfil não só se vulgariza, como também se alastra aos juízes das instâncias ordinárias, que agora se veem libertos para realizarem diretamente o programa constitucional naqueles casos de injustiça ou de apatia política, alterando-se até mesmo a caracterização conceitual da força normativa da Constituição imaginada por Hesse⁹⁶⁴.

Nessa variante, a estrutura da norma jurídica – *Se A então B senão C* –, deixa de ser considerada um juízo hipotético, convolvendo-se em juízos imperativos no formato *Se A, então B, senão C, senão D*, onde D passa a ser interpretado como sendo uma atuação substitutiva e supletiva do Poder Judiciário no universo político. Com essa estrutura, o perfil normativo se remodela para incorporar e incrementar o conceito eficácia reforçada da norma jurídica formulada por Bobbio⁹⁶⁵, isto é, normas cujos efeitos são garantidos institucionalmente. Por mais que a doutrina especializada se entusiasme ao falar que o constitucionalismo praticado nos países da América Latina tem se aproximado da *common law*⁹⁶⁶, as leituras que vêm sendo realizadas aos princípios jurídicos deixariam os mais criativos constitucionalistas estadunidenses assustados. Ainda que por lá exista controvérsia sobre até onde a teoria da linguagem pode ir para correlacionar a semântica constitucional e a pragmática do mundo⁹⁶⁷, não se consegue imaginar que a Constituição possa ser considerada como sendo um cardápio de valores à disposição do intérprete⁹⁶⁸.

⁹⁶³ Cf. Alexandre Antonucci Bonsaglia, *Sentenças Aditivas na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, 2010, Especialização (Monografia em Direito) – SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público, pp. 21-22.

⁹⁶⁴ Cf. Marco Aurélio Marraffon, “Texto Constitucional não é Norma, mas Vincula”, in *Revista Consultor Jurídico*, publicação diária e unicamente virtual disponibilizada aos 28/dez./2015; Celso Ribeiro Bastos/Samantha Meyer-Pfug, “A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007, pp. 145-164. Para um estudo comparativo entre o constitucionalismo espanhol, francês, italiano e costa-riquenho, Víctor Eduardo Orozco Solano, *La Fuerza Normativa de La Constitución frente a las Normas Preconstitucionales*, Ciudad Real, 2010, doutoramento (tese em direito), Universidad de Castilla - La Mancha. Rodolfo Vigo relata que a marca do constitucionalismo operativo que tomou conta da América Latina nos últimos anos é sua aproximação com a moral (cf. “Derecho y moral em el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”, in *Prudentia Iuris*, nº 74, 2012, p. 58 (disponível *online*). Para grau máximo de força constitucional, Diego A. Dolabjian, “La Fuerza Normativa de la Constitución”, in *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 12, nº 24, Buenos Aires, 2014, pp. 273-351 (disponível *online*).

⁹⁶⁵ Cf. Norberto Bobbio, *Teoria da Norma...*, p. 161.

⁹⁶⁶ Reclamação nº 4335/Acre, de 20/03/2014, voto-vista do Ministro Teori Zavascki, p. 3. A doutrina também comunga dessa leitura, cf. Lenio Luiz Streck, “Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-positivismo”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012, p. 61.

⁹⁶⁷ Cf. Willian Baude/Stephen E. Sachs, “The Law of Interpretation”, in *Harvard Law Review*, vol. 130, nº 4, feb., 2017, pp. 1.079-1.147 (disponível *online*).

⁹⁶⁸ Cf. Saikrishina Bangalore Prakash, “A Fool for the Original Constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 130, nº 4, nov., 2016, pp. 24-37 (disponível *online*).

Não deixa de ser notável que não só os países em desenvolvimento se afeiçoem a esse perfil normativo singular. Evidentemente com tonalidades mais tênues, não é outra coisa que se vê em Jörg Neuner quando afirma que os direitos fundamentais não só podem operar naquelas hipóteses de anomia, como também serviriam até mesmo de parâmetro para corrigir a ordem jurídica posta⁹⁶⁹. Algo similar é visto até mesmo em Canotilho, pois, se num primeiro instante se restringe a dizer que a força normativa constitucional é um conceito de estruturação do sistema jurídico⁹⁷⁰, em outros momentos nos revela como essa força se projetaria no mundo real, em especial nas relações do dia-a-dia, naquelas mantidas entre os particulares⁹⁷¹. De fato, Canotilho afirma que a força constitucional pode corrigir desvios até os limites da autonomia pessoal⁹⁷², muito embora deixe em aberto qual conceito de autonomia adota, se coincidente com a autonomia da vontade, de matriz filosófica, ou se coincidente com a autonomia privada, fórmula desenvolvida pelo direito.

De qualquer forma, foi esse o substrato que muitos foram buscar a tecnologia para desenvolverem um novo grau de força normativa, tudo ao apoio das propostas animadas pela Teoria Crítica.

3.1.2.2. O grau distintivo da força normativa concedido pela Teoria Crítica

Cabe-nos explicar como essa força normativa, animada pela Teoria Crítica, salta ao mundo sob o rótulo de princípios para nele fazer modificações. Para nós, quem melhor conseguiu identificar a estrutura subjacente ao fenômeno foi Humberto Ávila, embora ele próprio tenha sido um crítico desse movimento constitucional moderno⁹⁷³. De fato, ao analisar o plano linguístico da norma, Ávila observa que por mais resignantes sejam seus operadores, a relação entre os planos semióticos não seria tão concertado como se poderia supor. No limite, percebe que haveria normas sem texto, como o princípio da segurança jurídica, como também textos sem norma, como quando várias Constituições fazem referência a Deus⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ Cf. Jörg Neuner, “A Influência dos Direitos fundamentais no Direito Privado Alemão”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), trad. por Pedro Scherer de Mello Aleixo, Coimbra, 2007, pp. 213-236.

⁹⁷⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 890-891.

⁹⁷¹ *Ibidem*, pp. 1.287-1.288.

⁹⁷² *Ibidem*, pp. 1.293-1.294.

⁹⁷³ Cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17, Salvador, jan./fev./mar. 2009, pp. 1-19 (disponível online).

⁹⁷⁴ Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 16ª ed., São Paulo, 2015, pp. 50-51.

Sensibilizado por essas situações, Ávila intuiu que a Ciência do Direito deveria dedicar mais atenção ao fenômeno da interpretação, pois seria o momento em que o plano pragmático procuraria se fundir à semântica constitucional para construir a norma concreta. Até se reconhece que Lenio Luis Streck chega a se avinhar dessa compreensão quando investe sua atenção em campos como semiótica, hermenêutica e princípios⁹⁷⁵, mas Ávila vai mais longe quando percebe que, ao concretizar a norma o operador do direito, não só deve deixar-se dirigir pela teoria de valores⁹⁷⁶, assim como adiciona uma metódica para esse fim, ou seja, para ele, o intérprete deve sempre fazer exercícios projetivos considerando estados ideais⁹⁷⁷.

O que seria esse estado ideal? Certamente que há muitas opções. Mas uma que se mostra cara aos diversos cultores do movimento neoconstitucional pode ser extraída do processo hermenêutico tangenciado por Scannone⁹⁷⁸, onde todos devem ser reposicionados de uma maneira equânime na arquitetura do contrato social, o que nos aproxima de uma invulgar leitura da teoria de valores.

3.1.3. A incorporação da teoria dos valores pela teoria neoconstitucional

O mote daqueles que não veem com bons olhos a incorporação da teoria valores na nessa nova teoria constitucional se justifica na proporção em que a metódica acaba permitindo aos atores judiciais imiscuírem-se em áreas outrora reservadas à política⁹⁷⁹, não deixando, alguns, de enxergar nisso o surgimento do fenômeno do solipsismo jurídico. O fato é que não se pode negar que estamos diante de um fenômeno que vem despertando o interesse da Ciência do Direito na atualidade⁹⁸⁰, mesmo que não tenha nos conduzido a metódicas claras

⁹⁷⁵ Cf. Lenio Luis Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, Porto Alegre, 1999, pp. 230 ss.

⁹⁷⁶ Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 16ª ed., São Paulo, 2015, p. 186.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 87-102.

⁹⁷⁸ V. *infra*, nº 937.

⁹⁷⁹ Cf. Lenio Luis Streck, “Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão”, in *Observatório da Jurisprudência Constitucional – IDP*, ano 6, vol. 1, Brasília, mai./2003, p. 220 (disponível online). Do mesmo autor, cf. entrevista publicada na *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 81, nº 4, ano XXIX, Belo Horizonte, out./dez. 2011. Para uma análise aprofundada da posição do jurista brasileiro, cf. “*O que é isto? – Decido conforme minha consciência*”, Porto Alegre, 2010. O curioso é que no século XIX Thomas M. Cooley, se por um lado já nos dizia que “o valor de uma Constituição está na razão direta de sua adaptação às circunstâncias, desejos e aspirações do povo (...)” (cf. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos*, trad. por Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, 2002, p. 33), reconhece que o Poder Judiciário não pode usurpar competência do legislativo. Até mesmo questões de justo ou injusto, sob esse prisma, deve ser interpretado com parcimônia pelo julgador (*ibidem*, pp. 152 ss.).

⁹⁸⁰ Muito embora, bem antes, Smend, sob os influxos da Constituição de Weimer (1919-1933) (cf. André Luiz Fernandes Fellet, “Rudolf Smend e os Direitos Fundamentais como Ordem Objetiva de Valores”, in *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, Marcelo Novelino (org.), 4ª

para sua utilização. Até porque, como já vimos, não se estaria diante de uma verdadeira teoria de valores, questão que os operadores do direito parecem deixar para outros ramos de investigação⁹⁸¹ que, como já chegamos a afirmar no Capítulo I, valor deve ser compreendido como desejabilidade do que se supõe ser o ideal, condição que vazaria pelas variadas leituras do princípio da dignidade.

Nesse aspecto, a teoria de valores que o direito neoconstitucional parece patrocinar é aquela que se revela no desbloqueio do programa constitucional incumprido, cujas prognoses são retiradas do estado ideal do contrato social, pelo menos a idealidade daqueles inseridos nas representações hauridas dessa estrutura. E quais seriam essas representações? O behaviorista Burrhus F. Skinner (1904-1990) nos auxilia nessa compreensão ao dizer que conceitos como liberdade e dignidade são forjados pelos estímulos recebidos da estrutura do sistema em que se está imerso⁹⁸². Assim, se é o signo dignidade que vem sendo colocado como conceito chave pelas novas teorias constitucionais para deflagrar estágios societários que se supõe ideal, não podemos deixar de observar que esse código-dignidade só é representativo daquilo que a historiografia lhe permite⁹⁸³. O que não nos coloca em cenários mais confortáveis, pois, como observa Michel Miaille, aproximando-se de Skinner, o contrato social não pode ser encarado senão como uma obra artificial que, por mais que se esforce, sua engenharia não consegue se afastar do caldo idealista que acompanha aqueles que se movimentam dentro de seus contornos⁹⁸⁴. Para Miaille, essa arquitetura seria responsável até mesmo por nos incutir a ideia de uma racionalidade universal⁹⁸⁵, levando-nos ao autoengano.

Dessa forma, o plano do valor ideal que se tem não deixa de ser consequencial daquilo que se consegue retirar do próprio sistema em que se vive. Isso se nota quando recentemente apercebeu-se que a população indígena na América Latina só era considerada civilmente incapaz porque não se ajustava às regras e aos preceitos tidos como corretos pelo padrão dos

ed., Salvador, 2010, pp. 121 ss.) e Max Scheler (cf. Hans-Georg Gadamer, *Hermenêutica em Perspectiva*, trad. por Marco Antônio Casanova, 2ª ed., Petrópolis, 2012, pp. 397-405) já teriam tido contato com a dimensão dogmática dos valores. Sobre a temática, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, 2014, pp. 26-27; Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 5ª ed., São Paulo, 2010, pp. 133 ss.; Carl Schmitt, “La Tirania de Los Valores”, in *Revista Estudios Políticos*, trad. por Anima Schmitt de Otero, nº 115, Madrid, 1961, pp. 65-81; Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, vol. II, trad. por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2011, p. 319.

⁹⁸¹ Cf. André Rufino do Vale, *Estrutura das Normas Constitucionais de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*, São Paulo, 2009, pp. 163 ss.

⁹⁸² Cf. B. F. Skinner, *Para Além da Liberdade e da Dignidade*, trad. por Joaquim Lourenço Duarte Peixoto, Lisboa, 1971, pp. 27 ss.

⁹⁸³ Cf. Cristina Queiroz, “Direitos...”, pp. 214-15.

⁹⁸⁴ Cf. Michel Miaille, *Introdução Crítica ao Direito*, trad. por Ana Prata, 3ª ed., Lisboa, 2005, pp. 111 ss.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 53 ss.

dominadores⁹⁸⁶. Fato que, de certo modo, foi reconhecido pela Convenção 169 da OIT, que se propôs a estimular a coexistência, o multiculturalismo e, assim, atenuar conceitos excludentes como certo e errado. Devemos reconhecer que se trata de uma leitura excepcional, pois, mesmo que cause desconforto e estranhamento, não devemos esconder que as representações ideológicas do operador do direito interferem no modo como se aciona os conceitos-chaves do projeto constitucional, não sem razão que esse tipo de variável – projetos ideológicos – serve para escolher os juízes da Suprema Corte norte-americana⁹⁸⁷.

3.1.3.1. O conceito de dignidade como chave de ajuste e correção do contrato social

O grande imbróglio de se entronizar conceitos-chave como dignidade, ou outros signos de similar densidade emocional, compreende em retirar daí uma metódica capaz de acessar uma teoria de valores. Na prática, o que se percebe é que metódicas ou pseudos roteiros de concretização da categoria não deixam de fazer o caminho inverso à ritualística que se entenderia como correta. Ou seja, valor não deixa de ser tudo aquilo que pretende o seu operador, cabendo-lhe, nesse aspecto, encontrar o desenvolvimento dogmático para melhor lhe garantir a escolha realizada⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Cf. Salo de Carvalho, *Pena e Garantias*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2008, pp. 62 ss.; Lucyana Marina Pepe Affonso, “Apontamentos sobre a Persecução Penal e Execução Penal em face de Indígena”, in *Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais*, Deborah Duprat (org.), Brasília, 2015, pp. 243 ss.

⁹⁸⁷ Cf. Miguel Nogueira de Brito, “Originalismo e Interpretação Constitucional”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007, pp. 55-113; Lawrence M. Solan, “Can Corpus Linguistics Help make Originalism Scientific?”, in *The Yale Law Journal Forum*, mai.2016, pp. 57-64; Bradley Silverman, “Statutory Ambiguity in *King v. Burwell*: Time of Categorical Chevron Rule”, in *The Yale Law Journal Forum*, jun.2015, pp. 44-55 (disponível online). Chamou-nos atenção que a mais recente publicação da *Harvard Law Review* ter dedicado espaço considerável referente ao tema, trazendo artigos de posições variadas. Para alguns, a interpretação não poderia ser associada à teoria linguística nem mesmo à política, muito embora se pudesse ir além do texto, mas nunca depois da própria norma (cf. William Baude/Stephen E. Sachs, “The Law...”, pp. 1079-1147). Muito se aproximando da visão de Scalia, outros compreendem que a Constituição não pode ser confundida com valores. Nesta direção, Saikrishna Bangalore Prakash, “A Fool...”, pp. 24-37. Cabe notar que, de tempos para cá, o processo de escolha dos ministros brasileiros que irão compor a Corte Constitucional também passou a considerar o alinhamento político-ideológico (cf. Marcelo Novelino, “O STF e a Opinião...”, pp. 255-257). Sentido próximo, Patrícia Perrone Campos Mello, “Comportamento Ideológico e Estratégico no Supremo Tribunal Federal”, Daniel Sarmento (org.), in *Jurisdição Constitucional e Política*, Rio de Janeiro, 2015, pp. 275-283.

⁹⁸⁸ Sobre os problemas do conceito absoluto ou relativo desse núcleo essencial (cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos...*, pp. 187 ss.). Como sinalizado, as metódicas utilizadas não resistem a qualquer teste sério de validade. Não raro muitos são tentados a legitimá-la nas três dimensões do princípio da proporcionalidade (cf. Ingo Sarlet/Luis Guilherme Marinoni/Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2012, pp. 209-213; Daniel Sarmento/Cláudio Pereira de Sousa Neto, *Direito Constitucional. Teoria, História e Roteiro de Trabalho*, Belo Horizonte, 2012, p. 456). O problema, como bem revela Virgílio Afonso da Silva, é que o subprincípio da *necessidade* não seria outra coisa senão transferir para o Estado-juiz a possibilidade de se imiscuir na esfera de autonomia privada dos contraentes, substituindo-os nas escolhas (cf. *A Constitucionalização...*, p. 163), e isso, como se sabe, é dar vida ao *Leviatã*, agora num formato solipsista.

No entanto, a falta de uma metódica clara não significa dizer que inexistia uma tentativa de trazer coerência à operação. Já dissemos que uma variante recente da teoria crítica foi responsável para estimular o surgimento de metódicas, ou simulacros desse rito, que possibilitassem a dignidade ostentar uma textura concreta. Para Cristina Queiroz, que não é voz isolada, o conceito não pode ser considerado vazio, devendo ser atribuído ao Estado-juiz a tarefa de ir preenchendo seu conteúdo⁹⁸⁹, o que se ajustaria à dimensão *Dignitatis Humanae* do Papa Paulo VI.

Entender como essa chave-dignidade modula a força ilocucionária dos comandos constitucionais exige mais uma vez revisitar Kant, por ter sido precisamente nele que o direito foi buscar a conceituação moderna de dignidade, autonomia e liberdade. Relembremos que o desafio colocado para o aludido autor era o de localizar algum algoritmo ou filtros valorativos capazes de colocar nossa razão pura, nossa essência racional, para agir sem a sensibilização ou a influência de experiências mundanas⁹⁹⁰.

Não obstante, nessa adaptação da cláusula da não-coisificação humana ao moderno conceito de dignidade não se tomou o cuidado de expurgar tudo aquilo que o próprio Kant procurava abandonar, ou seja, a eleição de referenciais ou parâmetros externos para modulação de condutas ou ações⁹⁹¹. O operador do direito, então, guiado a colmatar o conceito de dignidade, dando-lhe à concretude reclamada pela teoria crítica latinizada, por não se desvencilhar o critério da idealidade que marca a teoria dos valores e foi objeto de investigação no Capítulo I, faz modificações na estrutura de Kant, que dele pouco se tem. Equívoco dos desenvolvimentos dogmáticos ocorre ao se transpor o conceito de dignidade kantiano para a estrutura do contrato social, intento que o próprio Kant já esboçava dificuldades⁹⁹². Mas se fez ele um movimento nessa direção, em nada nos lembra do rumo adotado pelo direito. Primeiro porque um movimento neste sentido não poderia se valer de premissas apodíticas, tendo mesmo criticado esse perfil da escolástica⁹⁹³, já que em cenários coletivos, por haver a coexistência de várias razões individuais, o sistema deveria se limitar à introdução de um plexo de princípios formais⁹⁹⁴, sem qualquer conteúdo estabelecido para

⁹⁸⁹ Cf. Cristina Queiroz, “Direitos...”, pp. 214-15.

⁹⁹⁰ Cf. Immanuel Kant, *Fundamentação...*, pp. 24-29; do mesmo autor *Crítica da Razão Pura...*, pp. 45-47.

⁹⁹¹ Como mencionado anteriormente, Kant não tinha interesse em provar a existência de Deus (cf. *Crítica da Razão Pura...*, pp. 580-581), visto que o mais importante seria localizar roteiros de comportamento num mundo em que Ele existe (*ibidem*, pp. 48-49 e 582).

⁹⁹² Cf. Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2008, pp. 76-77. Do mesmo autor, cf. *Crítica da Razão Pura...*, pp. 602 ss.

⁹⁹³ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura...*, pp. 603-604.

⁹⁹⁴ Esses princípios poderiam ser ter duas dimensões: (a) Num sentido negativo: a liberdade do ser acontece quando não se sofre quaisquer pressões no seu agir, ou mesmo ligados ao prazer ou desprazer que o objeto pode

acomodar todas essas expressões. Assim, a função desses princípios fundamentais se esgotaria em nos oferecer marcas para que pudéssemos desviar dos estados de erros⁹⁹⁵. Mas como já nos mostrou Horkheimer, Kant não conseguiu avançar para compreensão do que seriam esses erros⁹⁹⁶.

Assim, o que o direito faz de uma singular leitura de Kant é senão conferir nova embalagem ao que já se encontrava disponível no cristianismo⁹⁹⁷, no confucionismo⁹⁹⁸, no budismo⁹⁹⁹, encontrando-se semelhanças até mesmo em algumas passagens da *Torah*¹⁰⁰⁰ ou do *Alcorão*, na 114ª Surrata (An Náss)¹⁰⁰¹ e, com certo esforço, nas leituras do *Código Védico*¹⁰⁰². Para sermos justos, a única construção dinâmica da cláusula da não coisificação humana que conseguiu esboçar similitudes com a que se retira do conjunto da obra de Kant são aquelas menos conhecidas no Ocidente, como a que se vê no *Bhagavad Gita*¹⁰⁰³.

Podemos dizer que o que o direito fez, pelo menos numa etapa inicial, foi tentar realocar o conceito de autonomia kantiano, que tem matriz filosófica e individual, para dentro do contrato social, sobrepondo-se, com certa dificuldade, ao conceito de autonomia privada, que mais se aproxima da liberdade para que cada um possa fazer aquilo que melhor lhe aprouver em sua vida, sem a interferência do Estado¹⁰⁰⁴. De qualquer forma, percebe-se que numa segunda etapa, após a Segunda Guerra Mundial, esse conceito de autonomia ganha outra camada. Com isso autonomia e dignidade quase que se fundem ao serem associadas à teoria cristã da dádiva, em que o homem, reconhecidamente forjado à semelhança do Criador,

nos sensibilizar (cf. Immanuel Kant, *A Metafísica...*, p. 61). Nosso livre-arbítrio, neste sentido, seria aquele cujo móvel não se deixaria influir pela inclinação (*ibidem*, p. 63). (b) No sentido positivo deveríamos agir segundo as leis morais. Basicamente, devemos agir de tal forma que se compreenda que tal ação possa ser universalizada, tornar-se uma regra moral universal (cf. Immanuel Kant, *Fundamentação...*, p. 52) e, tratar o outro como se ele não fosse meio, mas o fim dentro do campo de ação humana (*ibidem*, p. 59).

⁹⁹⁵ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura...*, p. 579.

⁹⁹⁶ V. *infra*, nº 885.

⁹⁹⁷ Cf. Mateus, 7:12 e Lucas 6:31.

⁹⁹⁸ Cf. Confúcio, *Os Analectos...*, p. 72.

⁹⁹⁹ Cf. *The Dhammapada: The Buddha's Path of Wisdom*, translated by Acharya Buddharakkhita, Sri Lanka, 1985, p. 44.

¹⁰⁰⁰ Cf. Babilonian Talmud 31ª Shabbath (disponível em http://come-and-hear/sabbath/shabbath_31.html).

¹⁰⁰¹ Cf. *Alcorão Sagrado*, trad. por El Hayek, Foz do Iguaçu, 2006.

¹⁰⁰² Cf. A.C. Bhaktivedanta Swami Prabhupāda, *Karma: A Justiça Infalível*, sem indicação de tradutores, São Paulo, 2013, p. 41.

¹⁰⁰³ Sobre a cláusula da não coisificação humana; versículo 7, Canto V; versículos 4 e 9, canto XII; versículos 16 e 27, canto XIII; e, versículo 19, capítulo XVI. Para correspondência ao fenômeno da ilusão que nos sensibiliza, retirando-nos do estado de autonomia; versículos 52 e 62, canto II; versículo 19, canto XV; versículo 61, canto XVIII, versículos 3, 12, 17, 18 e 23, canto XVIII, versículo 64, canto II. Como a heteronomia nos leva a fazer escolhas interessadas; versículo 72, canto II e versículo 27, canto VI.

¹⁰⁰⁴ Cf. Francisco dos Santos Amaral Neto, "A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: Perspectiva Estrutural e Funcional", in *Revista de Informação Legislativa*, nº 102, Brasília, abr./jun.1989, pp. 207-230.

passa a ter por direito hereditário um valor absoluto, intrínseco¹⁰⁰⁵. Mas não nos esqueçamos de que esse referencial externo do Criador, em momento algum consegue se despregar daquilo que a arquitetura contratual permite, como bem assinalou, linhas acima, Skinner. Isso se confirma quando se percebe que Paulo Ferreira da Cunha, mesmo ciente da necessidade de uma nova hermenêutica e de paradigmas constitucionais para efetivar a realização da dignidade humana, não consegue se distanciar como se deveria das travas epistemológicas do conceito do Estado-nação¹⁰⁰⁶.

3.1.4. Os reflexos da teoria neoconstitucional na teoria da argumentação jurídica

Para Luigi Ferrajoli o neoconstitucionalismo não passaria de um constitucionalismo argumentativo¹⁰⁰⁷, cujo projeto não é o que é, mas o que acredita que deva ser¹⁰⁰⁸, calibrando-se, por conseguinte, pela ponderação dos argumentos¹⁰⁰⁹. Acrescenta-se que essa ponderação tem suas regras fixadas segundo os interesses etnográficos incutem em seu operador. Lembremo-nos de que Santo Agostinho, ao tentar afastar a incredulidade romana por se verem derrotados, mostra que embora o conceito de *Cidade de Deus* se preste a projetar um arquétipo ideal de convivência, seu simulacro, aquele que realizávamos na prática, não deixava de ser uma reconstrução dos interesses que os homens, cômicos ou não, estavam sujeitos pelo seu meio social¹⁰¹⁰.

Com isso, podemos dizer que a força da argumentação jurídica reveste-se de conformar as escolhas feitas no bojo do contrato social. O curioso é que ao se transportar a teoria da dádiva para dentro da arquitetura do contrato social, esse perfil argumentativo passa a ostentar

¹⁰⁰⁵ Cf. José de Melo Alexandrino, “Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Um Esboço traçado da Variedade de Concepções”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 11, Porto Alegre, abr./jun.2010, p. 24.

¹⁰⁰⁶ Cf. Paulo Ferreira da Cunha, “Concretizar a Constituição”, in *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, nº 18/21, Lisboa, 2012, pp. 321-336.

¹⁰⁰⁷ Cf. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalista...”, p. 18.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁰⁹ Como anota Luigi Ferrajoli, por detrás da interpretação sistemática se esconde o próprio fenômeno da ponderação (cf. “Constitucionalismo...”, p. 46), o que no fundo não seria outra coisa senão o fenômeno das escolhas subjetivas daqueles valores que acreditamos ser o melhor. Compreende-se a verossimilhança dessa alegação quando se nota que Carlos Bernal Pulido e Alexy rivalizam para saber qual valor ou princípio deva ser priorizado (cf. Carlos Bernal Pulido, “Estructura y Límites de la Ponderación”, in *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 1989, pp.14-17; Robert Alexy, “A Existência...”, p. 175). Algo próximo é visto em Jorge Barcelar Gouveia, cf. “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, Márcia Rodrigues Bertoldi/Karyna Batista Sposato (orgs.), in *Direitos Humanos*, Belo Horizonte, 2011, pp. 155-162. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato, *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, 3ª ed., São Paulo, 2016, pp. 627-628; Robert Alexy, “As Dimensões Real e Ideal do Direito”, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno/Aziz Tuffi Saliba/Mônica Sette Loppes (orgs.), in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Rio de Janeiro, 2014, pp. 129-137.

¹⁰¹⁰ Cf. Santo Agostinho, *A Cidade...*, pp. 190-230.

feições de irrefutabilidade. Com efeito, se para Aquino, Agostinho tem em Deus a causa eficiente para justificar a ação dos homens (artigo 8º, questão 3)¹⁰¹¹, *mutatis mutandi*, ao se compor a dignidade com o perfil da teoria da dádiva cristã surge uma potência constitucional com força para destruir, e não desconstruir, qualquer contra-argumento que se ponha em seu caminho¹⁰¹². Surge uma teoria da argumentação que passa a construir o texto jurídico ponderando e acomodando as cargas ideológicas e axiológicas consideradas adequadas¹⁰¹³.

A pesquisadora Ana Cláudia Carvalho Campina, como fruto de seu doutoramento defendido em 2012 na Universidade de Salamanca¹⁰¹⁴, conseguiu demonstrar que o ditador português, António de Oliveira Salazar (1933-1974), sempre foi ajustando seus discursos e argumentos em embalagens vazias de direitos humanos, nunca perdendo de vista qual era a significação que lhe permitia o momento. Se antes da Segunda Guerra Mundial o discurso modulava-se num dado sentido, com o seu declínio, logo se ajusta para se acomodar à estrutura discursiva que se rompia¹⁰¹⁵.

3. Conclusão do capítulo

Diante de tudo o que foi visto, claramente se constata que a pretensão da teoria neoconstitucional reside em cumprir a promessa de equilíbrio entre os atores sociais no contrato social, entoadas desde as revoluções oitocentistas. O grande problema é que seus operadores ao se jogarem nessa empreitada não vêm desintoxicados do raciocínio causalista, que tende a manter a eleição da primeira causa ou razões de partida à escolha do interprete.

¹⁰¹¹ Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, vol. 1..., p. 184.

¹⁰¹² Cf. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I..., p. 21.

¹⁰¹³ Cf. Luís Roberto Barroso/Ana Paula de Barcellos, “O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007, pp. 291-298; Sérgio Urquhart de Cademartori/Carlos Luiz Satrapazzoni, “Sistema Garantista e Protagonismo Judicial”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012, pp. 209-211.

¹⁰¹⁴ Cf. Ana Cláudia Campina Carvalho, *António Oliveira Salazar: Discurso Político e “retórica” dos Direitos Humanos*, Salamanca, 2012, doutoramento (tese em Direito), Universidade de Salamanca.

¹⁰¹⁵ Cf. Ana Cláudia Carvalho Campina, “O paradigma do Discurso e dos Discursos dos Direitos Humanos em Portugal”, in *Debater a Europa*, nº 11, Aveiro, jul./dez. 2014, pp. 27-47 (disponível online).

CAPÍTULO V – UMA PROPOSTA DE ARGUMENTAÇÃO NO ESTÁGIO ATUAL DO DIREITO

1. Proposta do capítulo

A tese, aos poucos, construída foi que arquiteturas de contratos sociais sempre foram erigidas para que se pudesse entremear a interação entre os homens. Arquitetura que parece ter sofrido pouca variação em seus rabiscos, ora afastando-se, ora reforçando-se, mas sempre de algum modo associadas às engrenagens que hoje correspondem às funções exercidas pelo legislativo, executivo e judiciário e já se faziam sentir em Aristóteles¹⁰¹⁶. Evidentemente, estamos a falar de um perfil diacrônico, que vem se desenvolvendo no tempo, basta notar que hoje categorias expurgadas, como a personificação dos escravos, era admitida na Grécia antiga¹⁰¹⁷, não conseguiram encontrar espaço diante do conceito de liberdade instaurado por Montesquieu no ano de 1748¹⁰¹⁸.

Se for incontestado que essa arquitetura do contrato social deslizou-se pela seta da história suportando pouca evolução diacrônica, a sua correspondente face factual não se manteve tão acomodada, tanto que no século XVII agigantou-se uma entropia que foi capaz de elevar o nível de equilíbrio entre as forças operativas sociais a outro estágio de estabilização provisória graças à entronização do artigo 16 dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, além da divisão das competências constitucionais, introduziu formalmente a categoria dos direitos fundamentais como estrutura do contrato social. Se para Jean Rivero e Hugues Moutouh isso é significativo da instrumentalização do jogo político¹⁰¹⁹, reposicionando padrões de equilíbrio e continuidade¹⁰²⁰, outra forma de interpretar o fenômeno seria relê-lo como sendo reflexivo de um novo marco entre os jogos de linguagem. Se a arquitetura do contrato social helênico não dispunha de mecanismos para impedir que Sócrates recebesse a pena capital por suas opiniões¹⁰²¹, o novo estágio haurido não admitiria esse tipo de resposta estrutural.

Se essa nova perspectiva não vem encontrando dificuldades para ser absorvida pela teoria política, o mesmo não se diga quando se precisa transportar tudo isso à metódica do

¹⁰¹⁶ Cf. Aristóteles, *A Política*, trad. por Mário da Gama Cury, Brasília, 1985, pp. 151 ss.

¹⁰¹⁷ Cf. Aristóteles, *Ética...*, pp. 11 ss.; do mesmo autor, *Política*, p. 13.

¹⁰¹⁸ Cf. Montesquieu, *O Espírito das Leis*, trad. por Cristina Murachco, 2ª ed., São Paulo, 2000, pp. 165-196.

¹⁰¹⁹ Cf. Jean Rivero/Hugues Moutouh, *Liberdades...*, p. 143.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, pp. 246-248.

¹⁰²¹ Cf. André Dorion, *Compreender Sócrates*, trad. por Lúcia M. Endlinch Orth, 2ª ed., Petrópolis, 2008, pp. 7-18.

direito. Afinal, qualquer esforço de atualização pelo direito incorre no erro de ainda se manter apegado a axiomas que já foram reprovados no curso da Ciência do Direito. Desse modo, tentativas de avanços teóricos, que sempre partem de conceitos construídos por acumulação¹⁰²² fornecido pela historiografia oficial, têm como rejeitável, por inconformidade técnica, qualquer ensaio que não se adeque a esse roteiro¹⁰²³. Segundo Kuhn, para que possamos observar novos cenários, que até então vinham escapando de nossa atenção, precisaremos substituir os paradigmas que vêm sendo utilizados para apoiar nossas inferências¹⁰²⁴. O que não se mostra tão simples em se tratando da Ciência do Direito, pois, enquanto nas ciências naturais ao substituímos os paradigmas consegue-se modificar a realidade que se observa, no direito ocorre o inverso, já que primeiramente o mundo se altera para depois, numa tentativa de acompanhar essa mudança, ensaiam-se desenvolvimentos dogmáticos para interpretar esse novo perfil fenomenológico.

O infortúnio é que agindo dessa forma nem sempre se consegue apartar dos axiomas herdados. E, quando se apercebe que o padrão de desenvolvimento dogmático chegou ao seu ponto de exaustão, o que nos sobra são as propostas como as de Michael Walzer que, mesmo sem saber como, acredita que qualquer alternativa para avançar num projeto universal de justo, tal qual se viu em Hunt, passa pela empatia¹⁰²⁵. O que não se sabe é que mesmo flertando com essas possibilidades, essa inquietação parece não sair do lugar-comum, já que a relação entre a empatia humana e a composição dos significados já assolava Santo Agostinho¹⁰²⁶.

Na tentativa de introduzir propostas diferentes, dividiremos o capítulo em duas partes. Na primeira desmontaremos os paradigmas que vem nos acompanhando desde sempre e tentaremos recuperar aquilo que se considera importante para sair da armadilha epistemológica que a dogmática jurídica foi colocada. Na segunda parte indicaremos alguns reflexos na dogmática jurídica, a satisfazer o objetivo delimitado à partida.

¹⁰²² Cf. Thomas S. Kuhn, *A Estrutura...*, pp. 60-71.

¹⁰²³ *Ibidem*, pp. 72-89.

¹⁰²⁴ *Ibidem*, pp. 201 ss.

¹⁰²⁵ Cf. Michael Walzer, "Global and Local Justice", in *New York University School of Law*, NY, 2011 (disponível online).

¹⁰²⁶ Cf. Santo Agostinho, *De Magistro*, trad. por J. Oliveira Santos/Ambrosio de Pina, São Paulo, 1980, p. 391.

2. Paradigmas revisitados

2.1. *O direito, o raciocínio causalista, noção de primeira causa e a formação dos conceitos*

Se se celebra a Revolução Francesa como o traço moderno do contrato social, já que foi a partir desse momento que o homem tomou, em definitivo, seu lugar de importância nessa arquitetura¹⁰²⁷, não podemos esquecer que essa foi apenas uma reorientação da primeira causa do direito, que sempre esteve ligada aos modelos abstratos que passaram a ganhar mais colorido a partir da escolástica. Pois, a depender de como se calibrava essa arquitetura, tipos distintos de justos surgiam. Se com Scotus essa ideia de primeira causa coloca Deus para dialogar com essa arquitetura, dela se afasta quando este engenho se fecha, inclusive para o homem quando dos testes de conformidade das ações humanas às engrenagens do contrato social¹⁰²⁸, muito embora para Posner essas visões puristas que retiram o homem de qualquer projeto não passem de falácias de intelectuais¹⁰²⁹.

Mas se conseguirmos substituir a justa causa ou razões do direito, o que, refletidamente, coloca-nos a reformular o raciocínio causalista, novas possibilidades quanto aos limites e potencialidades da força ilocucionária dos comandos constitucionais poderão ser experimentadas. Contudo, para que isso ocorra, necessitaremos recuperar tudo aquilo que teria ficado excluído da perspectiva diacrônica do contrato social. E, o que ficou de fora, como já tivemos oportunidade de dizer, relaciona-se com a composição dos conceitos eleitos para figurarem no texto constitucional. Afinal, como nos mostra António Manuel Espanha, foi pela construção dos conceitos que o direito passou a estimular resultados, uma realidade que deixou de nos ser estranha desde que ultrapassamos a fase paleolítica da humanidade¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ Cf. E. Ahrens, *Curso de Derecho Natural de Filosofía del Derecho*, trad. por Pedro Rodrigues Hortelano, 6ª ed., Madrid, 1873, pp. 22-24.

¹⁰²⁸ Cf. Marcelo Neves, *A Constitucionalização...*, pp. 64 ss.

¹⁰²⁹ Cf. Richard A. Posner, *Para Além...*, pp. 204-211.

¹⁰³⁰ Cf. António Manuel Hespanha, *História dos Institutos: Época Medieval e Moderna*, Coimbra, 1982, pp. 60 ss.

2.1.1. A evolução diacrônica dos conceitos jurídicos no bojo do contrato social e o surgimento do raciocínio causalista do operador do direito

Se modernamente Kant nos disponibiliza os traços básicos da uma teoria dos conceitos¹⁰³¹, foi no século XX, com a escola da jurisprudência dos conceitos, que mais nitidamente se passou a correlacionar os pensamentos, a realidade, a linguística e o direito, maximizando a eficiência da teoria dos conceitos¹⁰³².

Mas o plano que realmente nos interessa é aquele que com mais clareza se apreendeu da *common law*, ou seja, como a realidade veio contribuindo para o desenvolvimento do conceito jurídico. Perspectiva que se clarifica ao nos debruçarmos sobre os estudos realizados por Posner, um verdadeiro consequencialista ou vertente utilitarista que se preocupa com as consequências das decisões judiciais no grau de eficiência do sistema, traços que passaram a despertar interesse desde a escolástica¹⁰³³. Sendo admirador do economista Ronald Coase¹⁰³⁴, chega à conclusão de que os sistemas sociais sempre tendem a entrar em equilíbrio, e o jurista, não deixando de compor essa realidade, não deixa de contribuir com essa cadência ao funcionalizar os conceitos jurídicos¹⁰³⁵. Aproximando-se do observador de 2ª ordem, Posner desenvolve uma teoria constitucional interessante ao dizer que a Constituição seria tudo aquilo que a Suprema Corte diz ser, já que a interpretação constitucional deveria preocupar-se em organizar o sistema pelo cálculo custo/benefício, uma tendência que avança para outros ordenamentos¹⁰³⁶ e cujo cerne recai na eficiência do todo¹⁰³⁷, mesmo que para isso seja preciso relegar a historiografia à insignificância¹⁰³⁸.

¹⁰³¹ Cf. Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*..., pp. 71 ss. e 603 ss.

¹⁰³² Cf. Rodolfo Sacco, *Antropologia Jurídica. Contribuição para uma Macro-História do Direito*, trad. por Carlos Alberto Dastoli, São Paulo, 2013, pp. 209-250.

¹⁰³³ O que se apreende na questão 64, artigo 7º das respostas formuladas por Tomás de Aquino: “Nada impede que um mesmo ato tenha dois efeitos (...). Um ato, porém, embora proceda de uma boa intenção, pode tornar-se ilícito se não for proporcionado ao fim. (...)” (cf. *Suma Teológica*, vol. 6, trad. por Aldo Vannucchi/Bernadinho Schreiber/et. al., 2ª ed., São Paulo, 2012, pp. 143-144).

¹⁰³⁴ Ronald Coase esclarece que por vezes a intervenção judicial pode contribuir para inviabilizar as transações de mercado. No final de seu texto, Coase simplesmente nos faz refletir sobre os efeitos e as consequências totais, e não meramente pontuais das decisões (cf. “The Problem...”, p. 44).

¹⁰³⁵ Em um sentido aproximado, mas operando na *civil law*, cf. Cf. Paolo Comanducci, “Princípios Jurídicos e Indeterminación del Derecho”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 1998, pp. 100-102 (disponível online).

¹⁰³⁶ Para a correlação de observador de 2º ordem e busca da eficiência na Corte Constitucional brasileira, Ulisses Schwartz Viana, *Repercussão Geral sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*, 2ª ed., São Paulo, 2011, pp. 171 ss.

¹⁰³⁷ Cf. John Finnis, *Fundamentos*..., pp. 85-86.

¹⁰³⁸ Cf. Eric J. Segall, “The Constitution means what the Supreme Court says it means”, in *Harvard Law Review Forum*, vol. 129, feb., 2016, pp. 176-188 (disponível online).

Em síntese, segundo Posner os conceitos jurídicos seriam formados e teriam sua força projetiva modulada pela eficiência que se espera atingir, sendo de pouca importância a análise do passado.

Uma simplificação que não resiste a uma análise mais acurada. Em recente publicação na *Harvard Law Review*, Jenny S. Martinez nos leva a compreender que os verdadeiros móveis por trás do movimento antiescravista não era qualquer sentimento de altruísmo ou nobreza, mas o alinhamento da política de expansão econômica do mercado inglês¹⁰³⁹, ou seja, uma dimensão da eficiência sistêmica da época. O curioso é que muitos não reparam que essa leitura de eficiência cobra seus resultados na atualidade. Ao nos deparar com a edição de janeiro de 2017 do caderno jurídico *The Yale Law Journal*, dois artigos, cujo tema se refere àquilo que só recentemente passou a chamar atenção dos estudiosos e ficou conhecido por viés implícito, confirma nossa suspeita. Para que possamos compreender o que se procura dizer, devemos entender como viés implícito aquelas marcas cognitivas históricas que foram absorvidas, e como não foram processadas adequadamente em nossa cultura, acabaram repercutindo na forma como se modulam os pesos das decisões judiciais, mesmo que isso se dê de forma inconsciente. De fato, nos referidos artigos percebe-se que o perfil das condenações criminais deixa-se influir pelo processo histórico e sociológico, já que as penas dos marginalizados é maior do que daqueles que não o são e praticaram crime similar¹⁰⁴⁰.

Os operadores do direito podem até sustentar que haveria certas faces supostamente abjetas da história que não teriam nada a contribuir para a formação dos conceitos e a calibragem de sua força ilocucionária que perpetra na realidade. Nisso nos chamou atenção a recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁰⁴¹ que se proibiu a publicação do livro *Mein Kampf* de Hitler, tendo sido utilizado como fundamento o risco de se incitar a discriminação. Contudo, para o sociólogo e professor emérito da Universidade de Hamburgo Horst Pöttker agir dessa maneira seria mutilar a história, privando-nos de aprender com nossos erros¹⁰⁴².

Esses exemplos só ratificam a tese de que os operadores do direito, alijado das perspectivas que só se tem ao se aproximar de outras áreas do saber, forja seus conteúdos

¹⁰³⁹ Cf. Jenny S. Martinez, “Human Rights and History” in *Harvard Law Review Forum*, vol. 126, may 2013, pp. 221-240 (disponível *online*).

¹⁰⁴⁰ Cf. Mark W. Bennett, “The implicit Racial Bias in Sentencing: The Next Frontier”, in *The Yale Law Journal Forum*, vol. 126, jan.2017, pp. 391-405 (disponível *online*); Justin D. Levinson/Robert J. Smith, “Systemic Implicit Bias”, in *The Yale Law Journal Forum*, vol. 126, jan.2017, pp. 406-416 (disponível *online*).

¹⁰⁴¹ Decisão nº 0030603-92.2016.8.19.000.

¹⁰⁴² Cf. Horst Pöttker entrevista realizada aos 3 de março de 2015 por Sarah Judith Hoffmann, cuja íntegra pode ser acessada no sítio eletrônico da *Revista Carta Capital*.

normativos de pedaços seletivos da história, afinal, a natureza humana socorre-se dela apenas para buscar e depois sacralizar fragmentos tidos como caros, negligenciando tudo aquilo que o arquivista de plantão pressuponha como desnecessário, segundo os padrões herdados. Não olvidemos que ao lado da história que efetivamente teria ocorrido, a ciência passa a construir outra conectando esses pedaços sacralizados, de tal forma que ao ir se encaixando peça por peça, um roteiro historiográfico surge. Uma reconstrução que, ao demandar um elevado grau de coerência e sequenciamento se quiser ser processado pelo padrão cognitivo coletivo, acaba nos colocando todos como personagens dessa historiografia oficial¹⁰⁴³.

Diante disso, compreende-se porque Georg Simmel tem como prematura a ideia de Kant divorciar o sujeito e o objeto¹⁰⁴⁴, afinal, ao coexistirmos com essa historiografia, a formulação de nossos raciocínios não consegue deixar de operar fora dessas faixas, mostrando-se justificável porque só se consiga emitir projeções causalistas (causa-efeito) na construção da realidade¹⁰⁴⁵. E, por mais que se tente, os operadores do direito não conseguem se apartar muito desse plano. Por mais que Viehweg se proponha a extrair recortes históricos para a construção de um grande mural taxonômico para escapar da lógica aristotélica, não consegue perceber que nada mais faz do que patrocinar sua lógica. Afinal, como nota Reinhart Koselleck, esse *continuum* histórico teria a força para capturar nossa compreensão e, desse modo, seríamos levados a validar os eventos contemporâneos nas construções elaboradas com a ajuda dessa historiografia paralela e oficial¹⁰⁴⁶, legitimando o aparecimento do raciocínio dedutivo, tão caro ao direito¹⁰⁴⁷.

Se até o fim do século XVI o cristianismo cravava como a história era contada, o que interferia na fabricação de conceitos intervia na realidade¹⁰⁴⁸, com o surgimento do Estado e do racionalismo, assenhorando-se do tempo¹⁰⁴⁹, o homem sente o vigor de redesenhar esse *continuum* pela filosofia da história¹⁰⁵⁰. Com o advento da Revolução Francesa, a autoridade para edificar essa história paralela é transferida para alguns poucos, muito embora com o encargo de doravante elaborarem conceitos que abrangessem toda a coletividade¹⁰⁵¹. Na prática o que se viu foi o surgimento de uma universalização que mais dividiu do que agregou

¹⁰⁴³ Cf. Georg Simmel, *Ensaaios...*, pp. 9-26.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*, pp. 31-33 e 57.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, pp. 40-52.

¹⁰⁴⁶ Cf. Reinhart Koselleck, *Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos*, trad. por Wilma Patrícia Maas/Carlos Almeida Pereira, Rio de Janeiro, 2015, p. 43.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, pp. 45-46.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, pp. 24-26.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, pp. 31-39.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, 2015, pp. 50-52, 104-107 e 296.

os estratos sociais, na medida em que acabou distribuindo entre vários nichos sociais a responsabilidade para compor os conceitos. Com isso, v.g., conceitos como o de Igreja, família, negócio jurídico e, conseqüentemente, o jogo de linguagem que lhes marcam, passam a ser operados apenas por alguns, excluindo aqueles que não se enquadram na categoria. Com exemplo temos a redação do artigo 19º do Código Napoleônico, que passou a compreender que somente os atos praticados por alguns, e eleitos pela norma, seriam considerados como comerciais. Quaisquer atos que não se enquadrassem na moldura normativa, por conseguinte, seriam considerados ilegais. Desse modo, aqueles jogos de linguagem que se sobressaem herdaram a prerrogativa de dizer o que é conceito excluído, não se estranhando que só alguns passaram a ostentar a prerrogativa de dizer o que se deveria entender como humanidade¹⁰⁵².

Agora já se sabe por quais motivos no capítulo anterior chegamos a afirmar que o conceito de autonomia projetado pela Resolução 196 da OIT, a par de coadunar uma evolução não excludente de perfis heurísticos do instituto, não deixaria de ser uma exceção. Não foi outra coisa que se viu, mesmo naqueles que foram sensibilizados pela teoria da libertação na América Latina. Afinal, como não deixou de receber influências marxistas, cujo mote era substituir a autonomia dos que dominam pela autonomia dos excluídos¹⁰⁵³, na prática o que se presenciou foi a utilização da força para levar a cabo esse intento, tal como ocorreu no México por aquilo que ficou conhecido como movimento zapatista¹⁰⁵⁴.

2.1.2. Uma proposta de desenvolvimento diacrônico

Não deixa de ser curioso que a chave para reorientar a teoria do contrato social pode ser encontrada na obra mais famosa de Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*. Logo à partida, quando divide a Cidade de Deus e a cidade terrestre em duas arquiteturas sociais distintas, nossa atenção é atçada ao perceber que o autor destaca a incongruência dos romanos ao pretenderem viver na Cidade de Deus, um mundo ideal, e ao mesmo tempo, ao bel-prazer de suas conveniências, poderem utilizar táticas e maquinações só então disponíveis na cidade terrestre, como se lhes fosse autorizado a transitar entre as duas estruturas. Como já foi dito, Agostinho entende que só um esforço concertado para avançar no plano da liberdade poderia fazer essas duas estruturas se aproximarem. Nossa atenção não só se desperta pelo fato de

¹⁰⁵² *Ibidem*, pp. 191-231.

¹⁰⁵³ Cf. Karl Marx/Friedrich Engels, *Lutas de Classes na Alemanha*, trad. Nélcio Schneider, São Paulo, 2010, p. 58.

¹⁰⁵⁴ Cf. Igor Luis Andreo, *Teologia da Libertação e Cultura Política Maia Chiapaneca: O Congresso Indígena de 1974 e as Raízes do Exército Zapatista de Libertação Nacional*, São Paulo, 2013, pp. 71-284.

Agostinho conseguir antecipar a visão do ressentimento de Scheler, com a vantagem de colocar o fenômeno dentro das engrenagens do contrato social¹⁰⁵⁵, como, com um pouco mais de esforço, somos aproximados da noção de Estado defendida por Nozick que, ao admitir que hoje não temos mais espaço para desconsiderar que os homens são diferentes entre si, cada qual ostentando arquétipos ideais do mundo¹⁰⁵⁶, cabe ao contrato social tão só proteger as projeções individuais que cada um quer fazer do seu mundo¹⁰⁵⁷. Nino sabe que projetos individuais distintos tendem a entrar em rota de colisão, e neste aspecto até se admitiria que o Estado possa acomodar harmonicamente o exercício de diversas autonomias. É precisamente neste momento que o *múnus* estatal surge com a missão de acomodar todos esses projetos¹⁰⁵⁸.

Certamente que essa perspectiva reclama um novo modelo epistemológico, um que permita que cada sujeito seja coautor na construção dos conceitos. Uma personificação que não só reconfigure a noção de justiça sistêmica, como também deixe de valorizar de forma irrefletida os interesses ou valores que margeiam o sistema social e nos chegam como verdadeiros axiomas.

Causa admiração saber que, ao lado das noções de justiça distributiva e retributiva de Aristóteles, existira outra que, até então ao largo do interesse do operador do direito, pode auxiliar nessa empreitada. De fato, no capítulo dedicado ao sistema de justiça, Aristóteles, o que faz sem muito destaque, compreende que as noções de justiça não podem ser operadas por meio de conceitos excludentes, até porque esse tipo de manejo frequentemente estaria associado à lógica das ciências da natureza. Em se tratando de conceitos que se conformam pelo compasso das relações intersubjetivas, uma nova engenharia precisa ser descoberta. Para exemplificar o que se deve entender por isso, Aristóteles mostra que conceitos como saúde, embora não necessariamente relacional, pode nos abrir a compreensão. Com isso quer nos mostrar que ter saúde não é ter não-saúde, mas gozar de hábitos específicos que garantam essa qualidade¹⁰⁵⁹. O mesmo ocorreria com o conceito de justo, que também deve ser compreendido como um estado de equilíbrio contínuo e ao mesmo tempo dinâmico¹⁰⁶⁰, o que nos coloca diante de uma nova teoria do conhecimento.

¹⁰⁵⁵ Cf. Santo Agostinho, *A Cidade...*, pp. 28 ss.

¹⁰⁵⁶ Cf. Robert Nozick, *Anarquia...*, pp. 395-402.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, pp. 429-430.

¹⁰⁵⁸ Cf. Carlos Santiago Nino, *Ética...*, pp. 177 ss. Do mesmo autor, “Autonomía y Necesidades Básicas”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 7, 1990, pp. 21-34.

¹⁰⁵⁹ Cf. Aristóteles, *Ética...*, pp. 94 ss.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, pp. 10 ss.

2.1.2.1. A teoria do conhecimento reclamada pelo justo

Os problemas de se afeiçoar em excesso às premissas que circundam essencialmente às ciências da natureza, em especial à organização estática da taxonomia, é que não raro seguir por esse caminho nubla-se ainda mais o operador do direito quando se encontra diante da imperiosa necessidade de refletir sobre a teoria do conhecimento relativa às ciências do espírito, dela fazendo parte as ciências jurídicas. O fato é que tocado por essa sina classificatória, os estudiosos comumente dividem a compreensão humana em dois grupos, a dos racionalistas e a dos empiristas, como se pudéssemos colocar classes de pensamento em pessoas como Descartes, Espinosa e Leibniz naquele time e Locke, Berkeley e Hume no grupo dos empiristas. Com o mesmo incômodo notado em Charlie Huenemann, acreditamos que ao se dedicar em explorar em demasia esse ímpeto classificatório, como se o científico se esgotasse nessa tarefa de organização, algumas características do processo de acesso à realidade que não importam esse procedimento científico acabam nos escapando. Nesse contexto, cabe ressaltar que, no curso da história, o homem sempre se debateu não só na forma como se acessa o conhecimento, como o que deveria ser considerado conhecimento *a priori* e o que não poderia¹⁰⁶¹.

A armadilha que se cai, ao se prender a esse processo classificatório, não consiste apenas em desconsiderar que essa forma de dúvida sobre o acesso ao conhecimento sempre nos acompanhou, como também não conseguir lançar projetos alternativos ao raciocínio causalista capazes de recuperar a historiografia que tem sido renegada pela teoria do direito.

Entretanto, não se negue que uma direção neste sentido já venha ocorrendo de modo muito tímido. Recentemente, Jeremy Waldron, após centrar sua atenção em desvelar a natureza do princípio da maioria no processo legiferante, percebeu que o procedimento de produção das normas não poderia se limitar numa legitimação meramente aritmética ou recursiva ao princípio da arbitrariedade. Com ideias que se avizinham do formato de como a *common law* produz sua jurisprudência, Waldron deixa a entender que o procedimento legiferante deve passar a incorporar e registrar em seus anais os debates, as discussões e discórdias, pois somente assim o contexto histórico poderá ser disponibilizado aos futuros legisladores¹⁰⁶².

¹⁰⁶¹ Cf. Charlie Huenemann, *Racionalismo*, trad. por Jacques A. Wainberg, Petrópolis, 2012, pp. 11-32.

¹⁰⁶² Cf. Jeremy Waldron, *A Dignidade da Legislação*, trad. por Luís Carlos Borges, São Paulo, 2003, pp. 151-201.

Mas não basta simplesmente catalogar e registrar. Precisamos elevar a forma como trazer todo esse cabedal de informações para outro nível reflexivo, o que nem sempre tem recebido atenção por parte daqueles que incursionam em searas próximas, como Thomas Sowell. Economista ligado à Universidade de Stanford, após analisar os resultados das políticas afirmativas, conclui que o seu implemento não gerou qualquer benefício social demonstrável¹⁰⁶³. O que Sowell não sabe é que uma vez que o próprio sujeito passa a integrar o conceito sistêmico da sociedade¹⁰⁶⁴, retirando daí suas representações, não se pode esperar qualquer tipo de resultado em curto prazo. Basta ver a sina do viés implícito que ainda nos acompanha. Provavelmente, a razão, neste aspecto, esteja com Dworkin, para quem o real contributo dessas deve ser considerado não em termos numéricos, mas na aceleração da expansão dos espaços onde valores e interesses distintos podem coexistir e interagir¹⁰⁶⁵.

Embora pesquisadores como Owen D. Jones, René Marois, dentre outros, no Simpósio *Law and Neuroscience*, realizado no ano de 2013, comecem a explanação afirmando que “law and neuroscience seem strange bedfellows”, inclusive para avançar sobre o mote do viés implícito, é possível intuir que para reconstruir os lapsos históricos deixados para trás são exigidas outras estratégias. A questão, então, é como sair do nosso fluxo inercial da história para buscar algo que não se conhece, já que nunca tivemos contato com ele¹⁰⁶⁶. Parece-nos que a solução passa por trazer para dentro do observador de 2ª ordem o olhar rivalizado pelo sistema, afinal, só o excluído tem aptidão de enxergar diferente do que vem se vendo e valorizando. Somente assim poderemos não só recompor o que falta à historiografia oficial, como também, sob essa nova dimensão, reconsiderar o que é ou deixa de ser ruído.

Diante do que foi visto, entendemos que a formação dos conceitos constitucionais e, por conseguinte a força ilocucionária que deles pode ser potencializada, deverá satisfazer os seguintes preceitos:

- (a) A versão da historiografia que foi deixada de fora deve retornar ao sistema jurídico, em especial com a participação e auxílio da visão dos excluídos ou que não tiveram a oportunidade de contar a sua versão da história.

¹⁰⁶³ Cf. Thomas Sowell, *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Um Estudo Empírico sobre Cotas e Grupos Preferenciais*, trad. por Joubert de Oliveira Brízida, São Paulo, 2016, pp. 222 ss.

¹⁰⁶⁴ Se isso foi visto em Georg Simmel, a neurociência já consegue demonstrar essas circunstâncias (cf. Antônio R. Damásio, *E o Cérebro criou o Homem*, trad. por Laura Teixeira Mota, São Paulo, 2011, pp. 22-23).

¹⁰⁶⁵ Cf. Ronald Dworkin, *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, trad. por Jussara Simões, São Paulo, 2016, pp. 570-571.

¹⁰⁶⁶ Cf. Owen D. Jones/René Marois/*et. al.*, “Law and Neuroscience”, in *The Journal of Neuroscience*, nov., 2013, pp. 17.624-17.630 (disponível online).

- (b) Superada essa fase, a força ilocucionária dos comandos constitucionais deve projetar-se para expurgar os ruídos já apreendidos e revelados no curso da história.

3. Reflexos na dogmática jurídica

3.1. Como localizar e operacionalizar os princípios fundamentais

Na década de 80, a obra *Democracia de Desconfiança* de John Hart Ely esforçou-se para encontrar uma via de interpretação constitucional que se situasse entre aquelas que privilegiavam uma interpretação da linguagem histórica do texto¹⁰⁶⁷ e aquelas que buscavam, na inconsistência e lacunas desse mesmo tempo, descobrir valores fundamentais que pudessem ser regatados pelo intérprete¹⁰⁶⁸. Nessa empreitada, ao voltar-se à origem do constitucionalismo norte-americano, Ely observa que a manutenção do equilíbrio de todos na arena do jogo político sempre esteve em pauta, concluindo que o processo de interpretação constitucional deveria se limitar a desbloquear as barreiras e falhas estabelecidas durante o processo de participação e integração política dos cidadãos¹⁰⁶⁹. O equívoco de Ely foi pressupor que as arenas institucionais se mantiveram intocadas no transcurso desses pouco mais de dois séculos que nos separam desde a edição do texto constitucional e hoje. O que muitos insistem em desconhecer é que os bloqueios e as forças que operaram no bojo do contrato social são mutáveis. A função de desbloqueio deve considerar que todas as distâncias foram diminuídas, além do que variáveis como “diferença, exclusão e marginalização”¹⁰⁷⁰ nos colocam diante de outro patamar de proteção para garantir a autorrealização¹⁰⁷¹.

Nossa proposta conclama o operador do direito a utilizar os princípios fundamentais para conduzir a semântica normativa ao encontro da dimensão pragmática da linguagem num formato muito próximo à proposta apresentada por Marcelo Neves, em que os princípios devem ser considerados como normas de 2ª ordem, de existência condicionada às regras, normas de 1ª ordem, já que atuam como faróis de iluminação a auxiliarem no ajuste dos fatos às normas. Portanto, os princípios teriam a vocação de conformar o significado do signo

¹⁰⁶⁷ Cf. John Hart Ely, *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*, trad. por Juliana Lemos, São Paulo, 2016, pp. 15 ss.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, pp. 57 ss.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, pp. 243-246.

¹⁰⁷⁰ Cf. Anthony Giddens, *Modernidade...*, pp. 12-13.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, pp. 36-38.

normativo quando da subsunção¹⁰⁷², excluindo aqueles que já foram reprovados pelo teste da história e recuperando os que assim exigem nossa aprendizagem, mesmo que momentaneamente esquecidos pelo homem.

Com isso, caberia aos Tribunais Constitucionais, e tão somente a eles, enquanto luminares correspondentes aos observadores da 2ª ordem, recompor a historiografia perdida da sua versão oficial, o que já se vem sendo ensaiado pela abertura dos intérpretes da Constituição segundo o modelo sugerido Häberle, que procura trazer ao fenômeno hermenêutico grupos que integram a sociedade¹⁰⁷³, o que pode ser realizado, dentre outros expedientes, por meio das audiências públicas e a institucionalização do *amicus curie*. Assim fazendo, os Tribunais Constitucionais atualizariam, respeitado os limites do signo linguístico e a discricionariedade exclusivamente tocada à política, os conceitos constitucionais e, por consequência, a força ilocucionária que lhes acompanha. Advirta-se, como observa o jurista Carlos Blanco de Moraes, as Cortes Constitucionais não podem tudo, já que torcer e retorcer o texto para adaptá-lo ao contexto, por meio das mutações constitucionais, não autoriza fazer incursões prospectivas e ativas em desrespeito a outros poderes constituídos¹⁰⁷⁴, afinal, nos casos limites, não deixaria de ocorrer o que se deu na Venezuela no dia 31 de março de 2017¹⁰⁷⁵, quando a Corte Constitucional encontrou no texto a força para fechar o Congresso e avocar para si as funções legiferantes.

O fato é que convertidas em observadores de 2ª ordem, as Cortes Constitucionais, ao dimensionar o conteúdo dos conceitos constitucionais, (a) filtrariam o ressentimento histórico vislumbrado em Scheler; (b) recomporiam a historiografia oficial, alterando a pragmática que bombardeia o operador do direito; (c) controlariam fenômenos como *feedback*, tanto na sua versão positiva quanto negativa. Somente depois dessa calibragem é que os juízes das instâncias ordinárias, já que em muitos ordenamentos podem exercer o controle de constitucionalidade, poderiam realizar os mais diversos exercícios hermenêuticos, de acordo com a interpretação conforme. Ou seja, a força ilocucionária dos princípios fundamentais, os quais não poderiam atuar senão como iluminação para ajuste entre fato e regra, teria a sua potência controlada pelos Tribunais Constitucionais.

¹⁰⁷² Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais como diferença Paradoxal do Sistema Jurídico*, São Paulo, 2014, pp. 122 ss.

¹⁰⁷³ Cf. Peter Häberle, *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, trad. de Gilmar Mendes, Porto Alegre, 1997.

¹⁰⁷⁴ Cf. Carlos Blanco de Moraes. Entrevista [2 de abril de 2007]. Entrevistador Brenno Grillo. A íntegra disponibilizada no sítio eletrônico Conjur.com.

¹⁰⁷⁵ V. *infra*, n° 259.

Não se desconhece que essa metódica tende a colocar o operador do direito em zonas de reflexão ao qual não estão acostumados. Dois dos mais sérios constitucionalistas brasileiros, Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁷⁶ e Marcelo Neves¹⁰⁷⁷, transpareceram esse sentimento ao não esconderem o desconforto ao analisarem a justificação utilizada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424//RS pelo STF, num julgamento que ficou conhecido como caso Ellwanger, em que se discutia se o paciente deveria ser criminalizado por publicar um livro considerado como propagandista do nazismo. Esse incômodo ocorreu ao perceberem que dois ministros se valeram do princípio da dignidade para sustentar posições contrárias. Certamente que esse grau de estranhamento só foi possível porque ambos, mesmo que não reconheçam, pressupuseram que tal conceito jurídico seria marcado por uma fixidez, ilação típica de quem adere ao formato do raciocínio dedutível. No entanto, basta volver nossa atenção ao projeto taxonômico de Paolo Becchi, que procurou reconstruir o conceito do princípio da dignidade dentro do eixo filosófico-histórico, para denotar a inexistência de motivos para esse estranhamento, já que tal princípio, sendo plástico, sempre veio se justificando nos estágios alcançados pela autonomia no curso do contrato social¹⁰⁷⁸.

Mas esse fato concreto, certamente representativo da incompreensão de muitos juristas, traz em si um fenômeno curioso. Embora não escondam o dissabor em relação à teoria axiológica, como não conseguem se afastar suficientemente da linha do tempo para perceberem que inadvertidamente escolhem, seja lá qual for, um padrão fixo do conceito, deixam de notar que nada mais fazem do que aderir a uma teoria dos valores, conforme os contornos traçados no Capítulo I. Aporia que Virgílio Afonso, em diversas passagens, procura desviar ao nos remeter à argumentação jurídica, para quem quanto maior as dificuldades encontradas, maior deve ser o ônus de justificação¹⁰⁷⁹. Essa compreensão da teoria da argumentação fica mais clara quando diz que as decisões da CEDH, não obstante não possuíram qualquer caráter vinculativo aos tribunais nacionais, deveriam ser aceitas por questão de valor. Embora não esclareça o que se deve entender como questão de valor, conclui que os tribunais locais até podem rejeitar tais decisões supranacionais, desde que despendessem enorme ônus argumentativo¹⁰⁸⁰. O que não quer dizer muito, afinal, sendo a argumentação jurídica essencialmente um procedimento lógico, como ainda não consegue

¹⁰⁷⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização...*, pp. 167-170.

¹⁰⁷⁷ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra...*, pp. 212 ss.

¹⁰⁷⁸ Cf. Paolo Becchi, *O Princípio...*, pp. 9-30.

¹⁰⁷⁹ V. *infra*, nº 88.

¹⁰⁸⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Transnacional”, Marina C.A. Lima (org.), in *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*, São Paulo, 2010, pp. 101-112.

abandonar o formato de raciocínio causalista, no fundo ter a melhor justificativa muito se aproximaria do perfil de persuasão sofista.

Assim, se num primeiro momento Virgílio parece incrédulo pelo fato da dignidade não se afigurar como um dogma para interromper uma fundamentação que tenderia a ser recursiva ao infinito, agora nos sugere que sua argumentação se encerraria dentro de um círculo lógico, situações que, de um modo ou outro, não consegue desviar dos problemas sistematizados por Hans Albert¹⁰⁸¹. De certo modo, esses problemas são contornados pelo modelo epistemológico que permite a recomposição dos eventos esquecidos da historiografia da humanidade pelo capricho daqueles que a contaram. Tarefa que não se isenta de dificuldades, já que recompor por completo é missão que se tem por irrealizável, até porque, se fosse factível, qualquer recuperação já estaria contaminada à partida, pois, além de não conseguirmos deixar de lado as referências e padrões atuais para localizar os eventos a se recuperar, como também, mesmo que acertássemos na indicação, o mero exercício de trazê-los ao presente o faria com as cores permitidas pela atualidade, certamente bem distinto do espectro de outrora, como nos esclarece Gadamer¹⁰⁸².

É neste sentido que os princípios fundamentais devem indicar o caminho, cuja referência não se desprende dos processos de emancipação humana (autonomia). Com essa silhueta operativa, a própria teoria da argumentação precisa ser repensada. Bem diferente de qualquer fuga disfarçada empreendida pelo estilo sofista, esse plano lógico, que gerencia variáveis como aprendizagem e nos dispõe diante de razões ou fundamentações as quais não estamos acostumados, necessariamente precisam compor a justificação que estrutura essa heurística teoria da argumentação jurídica.

3.2. *Uma proposta de argumentação jurídica relacionada aos princípios fundamentais*

A índole da teoria da argumentação jurídica, enquanto procedimento lógico, presta-se a validar o processo de justificação de interesses. Interesses que, como também nos deparamos, foram construídos em razão de uma seleção tendenciosa dos quadros que iriam compor a historiografia oficial.

¹⁰⁸¹ V. *infra*, n° 275.

¹⁰⁸² V. *infra*, n° 774.

De um modo ou outro, a teoria da argumentação jurídica partiu da lógica aristotélica e, desde então, foram sendo tentados ajustes que pudessem satisfazer os propósitos do direito. Mas nem sempre tais esforços foram representativos do desenvolvimento reclamado. Alexy e Atienza não deixaram de se esforçar para promover a continuidade da historiografia oficial. Toulmin não vai muito longe do próprio Aristóteles, já que seu esforço cambia a lógica aristotélica dentro de um algoritmo mais claro. MacCormick e Viehweg investem na tentativa de atualizá-lo, este pela inversão do silogismo, de tal forma que os primeiros princípios (*apodexis*) pudessem ser manobrados com mais liberdade pelo operador do direito, enquanto que aquele ensaia compassos mais sistêmicos, pois reconhece que o processo de argumentação não pode ser um ato considerado em si, privado das consequências geradas na prática. Fato que parece ser neutralizado pela construção do auditório universal de Perelman, que só confirma o vigor da historiografia oficial. A única teoria de argumentação que consegue quebrar esse padrão de continuidade histórica é a que nos fora apresentada por Habermas, muito embora tenha o grande problema de labutar em cenários de idealização da realidade, pressuposição tão utópica, que descartaria a necessidade do próprio do direito.

Diante dessas deficiências, precisaremos detalhar como o modelo epistemológico Muturana-Varela deve se ajustar ao processo de justificação, tarefa que exige que recuperemos duas premissas aparentemente deixadas soltas no curso de nossa investigação. Com efeito, na seção 5.4 do Capítulo I relatou-se que, na origem das civilizações, a justiça era eminentemente privada e tinha como proposta a restauração.

Também se mostra valiosa a ideia de que o processo epistemológico jurídico deve se familiarizar com o roteiro oriental de equilíbrio e cooperação sistêmica. Em suma, o eixo que a teoria da argumentação jurídica precisa desenvolver, caso pretenda funcionalizar a dimensão dos princípios fundamentais elaborada no Capítulo III, tem de tocar aspectos de uma justiça que se preocupa muito mais com a restauração e equilíbrio holístico das relações humanas. Tais propostas sequer podem ser consideradas novas ou pouco exploradas, visto que tais proposições de alteração do paradigma da justiça já teriam sido retomadas no trabalho do psicólogo norte-americano Albert Eglash na década de 70¹⁰⁸³, tendo ganhado conformação jurídica no conceito da justiça restaurativa em Howard Zehr, movimento que nem mesmo pode ser entendido como efêmero ou surreal, visto constar das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12 da Organização das Nações Unidas.

¹⁰⁸³ Cf. Mylène Jaccoud, “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”, in *Justiça Restaurativa*, Catherine Slakmon/Renato Campos Pinto De Vitto/Renato Sócrates Pinto (orgs.), trad. por equipe de tradutores da Positive Idiomas, Brasília, 2005, pp. 163-164.

O fato é que Zehr observa que, depois do século XI, a Igreja foi buscar no direito romano mecanismos de racionalização da funcionalização jurídica, um movimento que abriu espaço para que o direito, pouco a pouco, passasse a prestar atenção não mais nas pessoas, mas na estrutura¹⁰⁸⁴. O que Zehr propõe seria inaugurar uma justiça restaurativa, deixando para planos secundários elementos como culpa e dolo, típicos da escolástica, para dedicar-se à restauração do tecido social¹⁰⁸⁵. Em face disso, o conceito de justo seria cambiado da culpa para a responsabilidade, da imposição para o diálogo, da verticalidade para a horizontalidade e da coerção para a coesão¹⁰⁸⁶.

Embora as bases dessa justiça restaurativa tenha despertado o interesse dos penalistas, não podemos deixar de notar que a questão de fundo não deixa de ser uma alternativa de localização do justo advogado pela historiografia oficial. Tanto que Christopher D. Marchal e Jessica Stern utilizam-se do tema para abordarem o fenômeno do terrorismo na atualidade de um modo muitíssimo interessante e que se alinha às premissas adotadas em nossa investigação. De fato, Marchal verifica que a origem do terrorismo moderno tem suas raízes naquele momento em que se prestou a dividir seus espaços entre “nós” e “eles”, o que nos lembra da formação dos conceitos excludentes no processo de emancipação surgido após a Revolução Francesa e descrito por Koselleck. Portanto, o terrorismo não pode ser encarado senão como um desdobramento dessa matriz plantada lá atrás. É deveras curioso que o mesmo critério funcional da divindade, como fator sistêmico de legitimação já superado em grande parte do Ocidente, tem sido utilizado como força motriz e de legitimação para aqueles que empreendem esse terror moderno¹⁰⁸⁷. Se hoje vimos todo esse movimento com incredulidade e incompreensão, não podemos negar que essa matriz já ditou os equívocos da história humana em outros momentos.

Nesse contexto, acreditamos que qualquer proposta de teoria de argumentação, se se pretende materializar as razões do direito, não pode deixar de mencionar alguns pontos. Ao se propor a recomposição dos conceitos constitucionais, de tal forma que possa calibrar de forma equânime o conceito da autonomia, uma reflexão argumentativa torna indiferente a divisão da justificação em partes como *obter dictum* e a *ratio decidendi*. Até porque a ideia da *ratio*

¹⁰⁸⁴ V. *infra*, nº 9.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, pp. 171 ss.

¹⁰⁸⁶ Cf. Ana Paula Pereira Flores/Leoberto Brancher, “Por uma Justiça Restaurativa para o Século XXI”, in *Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução CNJ 225*, Fabrício Bittencourt da Cruz (org.), Brasília, 2016, pp. 97 ss. (disponível online).

¹⁰⁸⁷ Cf. Christopher D. Marshall, “Pelo Amor de Deus! Terrorismo, Violência Religiosa e Justiça Restaurativa”, in *Justiça Restaurativa*, Catherine Slakmon/Renato Campos Pinto De Vitto/Renato Sócrates Pinto (orgs.), trad. por equipe de tradutores da Positive Idiomas, Brasília, 2005, pp. 413-430.

decidendi não está dissociada da forma de composição do raciocínio silogístico verificado em Aristóteles. Se se pretende substituir verdades absolutas, axiomas, princípios primeiros, *apodexis* por um sistema de informação que apreende e aprende, estando aqui as razões e justificações do direito moderno, não podemos deixar de valorizar a dimensão *obter dictum* da argumentação. Como já dissemos, essa reconstrução deve ser operada principalmente pelas Cortes Constitucionais, sobretudo porque é nessa arena que expedientes como audiências públicas e *amicus curie* podem contribuir para a formação da força ilocucionária dos comandos constitucionais adequadamente. O que não quer dizer que nas instâncias ordinárias da jurisdição, o processo de argumentação não se altera. Afinal, trazendo para a lógica de justificação o plano do *obter dictum*, altera-se sobremaneira não só como os juízes terão de justificar como os princípios fundamentais passam a auxiliar no processo de subsunção, como até mesmo fenômenos como *distinguishing* reclamariam maior atenção.

CONCLUSÕES

1. Uma das possíveis formas de compreender o direito correlaciona-se com a filosofia, em especial com as subáreas do conhecimento e da realidade. Deste ângulo, pode ser explicado como instrumento que corta e interfere na construção das representações do mundo, inclusive no que toca a distribuição dos personagens que os homens criam para viver suas relações intersubjetivas no bojo do contrato social, apartando o que se tem como válido ou inválido no curso da história.
2. Esse plano da identificação da validade que o direito busca está intimamente vinculado à teoria de valores. Embora recentemente associada à jurisprudência de valores e à recuperação da carga axiológica na Ciência do Direito, como ramo da filosofia a teoria de valores deve ser interpretada como sendo o marco referencial escolhido para parametrizar como o direito opera na construção da realidade, já que se alinha ao critério da desejabilidade.
3. Como o homem é por natureza relacional, no curso da história esse plano de contato foi dando origem a diversas arquiteturas que passaram a ser conhecidas como contrato social. Espalhadas pelo mundo, suas arquiteturas foram sendo coincidadas com os Estados-nações, cujas regras básicas foram plasmadas em suas Constituições que, com o tempo, foram hauridas do plano das razões do direito.
4. Como as relações intersubjetivas que operam no bojo dos contratos sociais se mostraram dúcteis e adaptativas, sempre a reequilibrar os jogos de linguagem e as posições individuais que cada um exerce nessa arquitetura contratual, o direito, em seu mister, acompanha essas transmutações e, sempre que demandado, reposiciona o suporte filosófico que lhe sustenta. Enquanto nos países da *civil law* privilegia-se o positivista, nos locais onde se praticam a *common law*, como a eficiência ganha destaque se comparada à estabilidade, valoriza-se o pragmatismo, um empirismo que projeta seu olhar para frente, diferentemente do imaginado por Hume, que volta sua atenção às lições do passado.

5. Em se compreendendo a teoria do contrato social como um projeto que disciplina o equilíbrio das forças que agem em seu corpo, o advento da Revolução Francesa inaugura nova fase com a entronização dos direitos fundamentais como integrante da arquitetura societária, isto significa, em termos epistemológicos, desviar o privilégio do objeto para o sujeito.

6. Mas foi com os horrores da Segunda Guerra Mundial que se apercebeu a necessidade de ajustes nessa construção. De fato, notou-se que os sistemas jurídicos não contavam com travas epistemológicas que pudessem impedir injustiças. Mas não só, num segundo momento, ao se constatar a permeabilidade entre os contratos sociais, instalando-se, de uma forma cada vez mais nítida uma configuração humana em rede. Com isso passou a ocorrer o compartilhamento de valores e experiências, trazendo à superfície uma humanidade excluída. Para acomodar a busca de novos padrões de justiça que precisam assimilar compassos como dissenso e diferença, a dogmática jurídica passa a incorporar mecanismos como princípios, instrumentos que, dada a textura aberta, valem-se da teoria da argumentação jurídica para alterar o plano de validação do sistema jurídico.

7. A plataforma desse desenvolvimento dogmático, que com mais nitidez se evidencia nos países da *civil law* onde o projeto constitucional descolou-se da realidade com mais força, categorias como princípios e argumentação são levados ao limite, a tal ponto que passam em revista a distribuição das competências constitucionais, já que o Estado-juiz fica autorizado a agir de forma supletiva à política. Mesmo onde tais situações não exibem tamanha fadiga dogmática, o justo não deixou de ser um referencial a ser atingido, como marca consequencial dos horrores da Segunda Guerra Mundial.

8. Na concretização desse justo, que não deixa de ser sistêmico, seja na *common law* ou na *civil law*, o operador do direito não deixa de se apoiar no raciocínio causalista. Desse modo, parâmetros como justo, mesmo para aqueles que se fiam na corrente pragmatista, se postam como referenciais ao projeto escolhido pelo direito. *Grosso modo*, na *common law* a eficiência, na *civil law*, o ideal que se elege.

9. Se antes esses planos de validação externa nos eram disponibilizados pelo cosmológico, pelo teológico, pelo racionalismo, agora, órfãos pela Ciência do Direito, a dogmática jurídica, pelo menos nos países praticantes da *civil law*, não enxerga alternativa senão tentar recuperar nos direitos fundamentais, outrora revelador de um caro projeto de

harmonização dos jogos de linguagem, o arquétipo de justo que deve ser operado nos sistemas jurídicos.

10. Não nos esquecendo de que a relação do homem com o contrato social – sujeito e objeto – não é tão separada como se supunha, o homem ideal se torna o referencial a ser atingido, não sendo outro o motivo que o último estágio moral de Kohlberg tem como ilustrativo personificações como Cristo, Buda. Variante da teoria marxista/crítica importada para América Latina, outra não é a dimensão outorgada à dignidade, ou seja, a materialização máxima da potência dos direitos fundamentais.

11. A dogmática que deriva daqui, embora politicamente inatacável, à distância incorre nos idênticos erros apadrinhados no curso de nossa humanidade, afinal, o raciocínio causalista, que não deixa de se ligar ao método dedutivo, nunca se apartou dos desenvolvimentos dogmáticos realizados. Erros que sequer sabemos existir. Pois, diante de nossa diminuta capacidade de processamento histórico, a dogmática jurídica acaba buscando os conceitos que serão operados no sistema jurídico no acervo disponibilizado pela historiografia oficial. Neste sentido, uma proposta factível a uma nova epistemologia jurídica, *mutatis mutandi*, pode ser apresentada pelos estudos oriundos da cibernética e os modelos sistêmicos, já que pode levar ao operador do direito a novas experiências e aprendizagem.

12. Numa procedimento típico de engenharia reversa, ao se desmontar e compreender as engrenagens da relação direitos fundamentais e Constituição, chega-se ao conceito de que os princípios fundamentais vêm, desde sempre, calibrando e estabilizando, num movimento tendencial de harmonização, os jogos de linguagem que se relacionam no seio do contrato social. Com o apoio da teoria linguística, em especial do conceito de força ilocucionária, ou modulagem que o signo linguístico tem para projetar materializações na realidade, o que se nota é que a evolução dos conceitos jurídicos ocorre seguindo os padrões éticos válidos numa determinada época. A par dessa dinâmica, uma proposta de epistemologia jurídica deve tentar recuperar as facetas excluídas dos conceitos jurídicos pela historiografia oficial, tarefa que não pode ser realizada pelo raciocínio causalista. Se se propõe recuperar as pontas soltas da história, os princípios fundamentais não podem deixar de ser interpretados como sendo uma figura correspondente à metalinguagem-sintaxe que, se não dita qual o conteúdo do conceito jurídico, pelo menos dita aquele que não pode mais ser, e, para que isso ocorra, precisamos

trazer para o plano do conhecimento tudo o que foi negligenciado do novo calibre epistemológico.

13. Um conceito de princípios fundamentais desse jaz, cuja força vem sendo revelada paulatinamente no equilíbrio dos jogos de linguagem, tem as seguintes características: (a) não indica o conteúdo dos signos jurídicos que passam a ser funcionalizados, pois só exclui as potenciais dimensões conceituais que já foram submetidas e reprovadas no teste histórico; e, (b) por conseguinte, raciocínios como o dedutivo, analógico e indutivo precisam ser repensados, já que, por não desvencilhar de princípios primeiros ou *apodexis*, não são hábeis para entronizar situações sistêmicas de ensaios, erros e aprendizagem.

14. A teoria da argumentação num procedimento lógico de validação do raciocínio, ao se compreender os primeiros princípios, *apodexis*, *summum genus*, não como pontos absolutos ou invariáveis do silogismo jurídico, típico da formação de conceitos utilizados nas ciências naturais, a teoria da argumentação precisa ser repensada se se tem como objetivo recuperar e funcionalizar o justo sistêmico. Diante disso, adquire importância significativa o plano *obter dictum*. É aqui que deverão ser registrados a feição pragmática que vai ser reconstruída pelo operador do direito, de tal forma que o dissenso e o diferente sejam valorizados pelo sistema jurídico.

BIBLIOGRAFIA

1. Artigos e livros

Abrantes, José João Nunes, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990.

Abuerto, Luis E. Contreras, “Alguns Aspectos de La Legislacion Civil Sovietica”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 77, Concepción, 1951.

Ackerman, Bruce, “The Living Constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 120, nº 7, 2007.

Affonso, Lucyana Marina Pepe, “Apontamentos sobre a Persecução Penal e Execução Penal em face de Indígena”, in *Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais*, Deborah Duprat (org.), Brasília, 2015.

Agostinho, Santo, *Confissões*, trad. por J. Oliveira Santos/Ambrósio de Pina, São Paulo, 1980.

_____. *De Magistro*, trad. por J. Oliveira Santos/Ambrosio de Pina, São Paulo, 1980.

_____. *A Cidade de Deus*, vol. I, trad. por Oscar Paes Leme, Bragança Paulista, 2003.

Ahrens, E., *Curso de Derecho Natural de Filosofía del Derecho*, trad. por Pedro Rodrigues Hortelano, 6ª ed., Madrid, 1873.

Albert, Hans, *Tratado da Razão Crítica*, trad. por Idalina Azevedo da Silva/Erica Gudde/Maria José P. Monteiro, Rio de Janeiro, 1976.

Alexandre Hamilton/James Madison/John Jay, *O Federalista*, tomo I, tradutor não indicado, Rio de Janeiro, 1840.

_____. *O Federalista*, tomo II, tradutor não indicado, Rio de Janeiro, 1840.

Alexandrino, José Melo, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, *A Construção Dogmática*, Coimbra, 2006.

_____. “Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Um Esboço traçado da Variedade de Concepções”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 11, Porto Alegre, abr./jun.2010.

_____. *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais, 2011.

Alexy, Robert, “Derecho Injusto, Retroatividad y principio de legalidade penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin”, in *Doxa*, nº 23, 2000.

_____. “Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”, in *Ratio Juris*, vol. 16, nº 2, Junho de 2003.

_____. *O Conceito de Direito e Validade do Direito*, trad. por Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo, 2009.

_____. “Princípios Formais”, in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno/Aziz Tuffi Saliba/Mônica Sette Loppes (orgs.), Rio de Janeiro, 2014.

_____. “Direito e Moral”, in *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*, Luís Afonso Heck (org.), trad. por Paulo Gilberto Cogo Leivas, Porto Alegre, 2010.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*, trad. por Zilda Hutchinson Schild Silva, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2011.

_____. “A Existência dos Direitos Humanos”, in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno/Aziz Tuffi Saliba/Mônica Sette Loppes (orgs.), Rio de Janeiro, 2014.

_____. “As Dimensões Real e Ideal do Direito”, in *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno/Aziz Tuffi Saliba/Mônica Sette Loppes (orgs.), Rio de Janeiro, 2014.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. por Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, 2015.

Alonso Vital, Horacio-José, “Los Principios Implícitos: Su Relevancia en la Aplicación del Derecho”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 35, 2012

Anderson, Perry, *Linhagens do Estado Absolutista*, trad. por Renato Prelorentzou, São Paulo, 2016.

Andrade, José Carlos Vieira de, “Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares”, in *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, nº 5, Lisboa, 1981.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012.

Andreo, Igor Luis, *Teologia da Libertação e Cultura Política Maia Chiapaneca: O Congresso Indígena de 1974 e as Raízes do Exército Zapatista de Libertação Nacional*, São Paulo, 2013.

Anscombe, G. E. M., “Filosofia Moral Moderna”, in *Conceptos Éticos Fundamentales*, trad. por Laura E. Manríquez, Ciudad de México, 2006.

Apel, Karl-Otto, *Estudos de Moral Moderna*, trad. por Benno Dischinger, Petrópolis, 1994.

Aquino, Tomás, *Suma Teológica*, vol. 1, trad. por Aldo Vannucchi/Bernadinho Schreiber/*et. al.*, 2ª ed., São Paulo, 1999.

_____. *Suma Teológica*, vol. 6, trad. por Aldo Vannucchi/Bernadinho Schreiber/*et. al.*, 2ª ed., São Paulo, 2012.

_____. *O Bem: Questões disputadas sobre a verdade. Questão 21*, trad. por Paulo Faitanin/Bernardo Veiga, Campinas, 2015.

_____. *A Sindérese e a Consciência: Questões disputadas sobre a verdade. Questões 16 e 21*, trad. por Paulo Faitanin/Bernardo Veiga, Campinas, 2015.

Aquino/Vieira, Fernando/Agostino, Gilberto/Roedel, Hiran, *Sociedade Brasileira: Uma História Através dos Movimentos Sociais. Da Crise do Escravismo ao apogeu do Neoliberalismo*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2011.

Arendt, Hannah, *Eichmann em Jersusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal*, trad. por José Rubens Siqueira, São Paulo, 1999.

_____. *Sobre a Revolução*, trad. por Denise Bottmann, São Paulo, 2011.

_____. *Origens do Totalitarismo*, trad. por Roberto Raposo, São Paulo, 2016.

Aristóteles, *A Política*, trad. por Mário da Gama Cury, Brasília, 1985.

_____. *Ética a Nicômaco*, trad. por Torrieri Guimarães, 6ª ed., São Paulo, 2001.

_____. *Órganon*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2005.

_____. *Retórica*, trad. por Manuel Alexandre Júnior/Paulo Farmhouse Alberto/Abel do Nascimento Pena, São Paulo, 2015.

Aron, Raymond, *As Etapas do Pensamento Sociológico*, trad. por Sérgio Bath, 7ª ed., São Paulo, 2013.

Ascensão, José Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005.

_____. “Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 103, São Paulo, 2008.

Ashby, W. Ross, *Introducción a la cibernética*, trad. por Jorge Santos, 2ª ed., Buenos Aires, 1972.

Atienza, Manuel, *O Direito como Argumentação*, trad. de Manuel Poirier Braz, Lisboa, 2013.

_____. *As Razões do Direito*, trad. por Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2014.

Austin, J. L., *Quando Dizer é Fazer: A Ação das Palavras*, trad. por Danilo Marcondes de Sousa Filho, Porto Alegre, 1990.

Ávila, Humberto, “Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17, Salvador, jan./fev./mar. 2009.

_____. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 16ª ed., São Paulo, 2015.

Balaguer Callejón, Francisco, *A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico*, trad. por Paulo Roberto Ramos, São Paulo, 2014.

Barbosa, Rui, “O Justo e a Justiça Política”, in *A Imprensa - Obras Seletas de Rui Barbosa*, vol. 8, Rio de Janeiro, 1957.

Barcellos, Ana Paula de, “Direito e Política. Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia”, in *Jurisdição Constitucional e Política*, Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro, 2015.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa*, Belo Horizonte, 2016.

Barreto, Tobias, *Estudos do Direito*, Rio de Janeiro, 1892.

Barroso, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 9, Salvador, março/maio 2007.

_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional do Brasil*, Belo Horizonte, 2012.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*, Belo Horizonte, 2012.

Barroso, Luís Roberto/Barcellos, Ana Paula de, “O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007.

Bastos, Celso Ribeiro/Meyer-Pflug, Samantha, “A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007.

Bateson, Gregory, *Naven: Um esboço dos problemas surgidos por um retrato Compósito realizado a partir da perspectiva da cultura de uma tribo da Nova Guiné*, trad. por Magda Lopes, 2ª ed., São Paulo, 2006.

Batiffol, H., *A Filosofia do Direito*, trad. por Neide de Faria, São Paulo, 1968.

Baude, Willian/Sachs, Stephen E., “The Law of Interpretation”, in *Harvard Law Review*, vol. 130, nº 4, feb. 2017.

Bauman, Zygmunt, *Tempos Líquidos*, trad. por Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, 2007.

Becchi, Paolo, *O Princípio da Dignidade Humana*, trad. por Ubenai Lacerda, Aparecida, 2013.

Bechaux, A., *Las Escuelas Socialistas: Sus Doctrinas y sus Métodos de Acción*, trad. por Luis Adduard, Santiago, 1931.

Beck, Ulrich, *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra Modernidade*, trad. de Sebastião Nascimento, São Paulo, 2011.

Bedaque, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 4ª ed., São Paulo, 2009.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 3ª ed., São Paulo, 2010.

Bennett, Mark W., “The implicit Racial Bias in Sentencing: The Next Frontier”, in *The Yale Law Journal Forum*, vol. 126, jan.2017.

Benovente, Julio Parada, “La Constitución de 1833” in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 1, ano 1, Concepción, 1933.

Bertalanffy, Ludwig Von, *Teoria Geral dos Sistemas*, trad. por Francisco M. Guimarães, 3ª ed., Petrópolis, 1977.

Bertin, Claude, “Luís XVI-Danton”, in *Os Grandes Julgamentos da História*, tradutores não informados, Rio de Janeiro, 1975.

_____. “Os Processos de Moscou”, in *Os Grandes Julgamentos*, Rio de Janeiro, 1976.

_____. “Maria Stuart-Carlos I”, in *Os Grandes Julgamentos da História*, tradutores não indicados, São Paulo, 1978.

BeVier, Lillian/Harrison, John, “The State Action Principle and Critics”, in *Virginia Law Review*, vol. 96, nº 8, december/2010.

Bevilaqua, Clóvis, *Em Defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1906.

Biaggio, Ângela Maria Brasil, *Lawrence Kohlberg: Ética e Educação Moral*, 2ª ed., São Paulo, 2006.

Biaggio, Ângela Maria Brasil/Guazelli, Ecléa Fernandes, “Relações entre Maturidade de Julgamento Moral e internalidade de locus de Controle”, in *Psicologia do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 1984.

Bilbao Ubillos, Juan María, “La Eficacia Frente a Terceros de Los Derechos Fundamentales em el ordenamento Español”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), Coimbra, 2007.

Bloch, Marc, *A Sociedade Feudal*, trad. por Liz Silva, Lisboa, 2015.

Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, trad. por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, 2004.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia*, trad. por Márcio Pugliesi/Edson Bini/Carlos E. Rodrigues, São Paulo, 2006.

_____. *Governo e Sociedades. Para uma Teoria Geral da Política*, trad. de Marco Aurélio Nogueira, 14ª ed., Rio de Janeiro, 2007.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*, trad. por Ariani Bueno Sudatti/Fernando Pavan Batista, 5ª ed., São Paulo, 2012.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. por Ari Marcelo Solon, 2ª ed., São Paulo, 2014.

Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. por Juan Luis Requejo Pagés/Ignácio Vllaverde Menéndez, Baden-Baden, 1993.

_____. *História da Filosofia do Direito e do Estado – Antiguidade e Idade Média*, trad. por Adriana Beckman Meirelles, Porto Alegre, 2012.

Boddie, Elise C., “The Future of Affirmative Action”, in *Harvard Law Review*, vol. 130, 2016.

Bonavides, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 10ª ed., São Paulo, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., São Paulo, 2015.

Boson, Gerson de Britto Melo, “Da Objetividade e Hierarquia dos Valores”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 7, São Paulo, 1955.

Bottini, Pierpaolo Cruz, *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo, 2007.

Braun, Bernhard, “A Idade Média”, in *História da Teologia Cristã*, Wolfgang Pauly (org.), trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012.

Brito, Miguel Nogueira de, “Originalismo e Interpretação Constitucional”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007.

Britto, Carlos Ayres, *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, 2010.

Brotero, José Maria de Avellar, *Princípios de Direito Natural*, Rio de Janeiro, 1829.

_____. *A Filosofia do Direito Constitucional*, trad. por José Afonso da Silva, São Paulo, 2007.

Bruno, Giordano, *Sobre o Infinito, O Universo e os Mundos*, Coleção Os Pensadores, trad. por Helda Barraco/Nestor Deola, São Paulo, 1973.

Buela, Alberto, “Teoría del Disenso”, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, ano 9, nº 27, 2004.

Burgoa, Inácio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 5ª ed., Ciudad de México, 1984.

Burke, Edmund, *Reflexões sobre a Revolução na França*, trad. por José Miguel Nanni Soares, São Paulo, 2014.

Bustamante, Thomas da Rosa de, “Tópica e Argumentação Jurídica”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 163, jul./set.2004.

_____. “Conflitos Normativos e Decisões *Contra Legem*: Uma nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas”, in *As Novas Face do Ativismo Judicial*, André Luiz Fernandes Fellet/Daniel Giotti de Paula/Marcelo Novelino (orgs.), 2ª ed., Salvador, 2013

Cademartori, Sérgio Urquhart de/Satrapazzoni, Carlos Luiz, “Sistema Garantista e Protagonismo Judicial”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012.

Caenegem, C. Van, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, trad. por Carlos Eduardo Lima Machado, São Paulo, 2000.

_____. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*, trad. por Alexandre Vaz Pereira, Lisboa, 2009.

_____. “O Papel da Consciência do Juiz na História do Direito Inglês”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2010.

Camargo, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2003.

Campilongo, Celso Fernandes, *O Direito na Sociedade Complexa*, 2ª ed., São Paulo, 2011.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. por A. Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet/Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2003.

Canotilho, J. J. Gomes, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 2003.

_____. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 2008.

Cappelletti, Mauro, *Juizes Legisladores*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, 1993.

Carbonell, Miguel, “Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Pietro Sanchís”, in *Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, nº 8, Alicante, abril de 1998.

_____. “Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (org.), 2ª ed., Madrid, 2005.

Cardozo, Benjamin N., *A Natureza do Processo Judicial*, trad. por Silvana Vieira, São Paulo, 2014.

Carli, Caetano de/Costa, Elizardo Scarpati, “Os Movimentos Sociais e a Crítica ao Local de Produção do Conhecimento Científico”, in *Revista da Faculdade de Letras do Porto*, vol. XXVI, Porto, 2013.

Carvalho, Ana Cláudia Campina, “O paradigma do Discurso e dos Discursos dos Direitos Humanos em Portugal”, in *Debater a Europa*, nº 11, Aveiro, jul./dez. 2014.

Carvalho, Olavo de, *Aristóteles em Nova Perspectiva: Introdução à Teoria dos Quatro Discursos*, Campinas, 2013.

Carvalho, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, 18ª ed., São Paulo, 2007.

Carvalho, Salo de, *Pena e Garantias*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2008.

Centeno, Vicente Ramos, “Javier Muguerza: Ética, Razón, Utopía, Disenso”, in *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, nº 2, Madrid, 2014.

Chertoff, Emily, “Prosecuting Gender-Based Persecution: The Islamic State at the ICC”, in *Yale Law Review*, vol. 126, nº 4, fev. 2017.

Cícero, M. Túlio, *Das Leis*, trad. por Otávio T. de Brito, São Paulo, 1967.

_____. *Da República*, trad. por Amador Cisneiro, 2ª ed., São Paulo, 2011.

Clève, Clèmerson Merlin, *Temas de Direito Constitucional*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2014.

Coase, R. H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, vol. III, Chicago, 1960.

Coing, Helmut, *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, trad. da 5ª ed. alemã por Elisete Anoniuk, Porto Alegre, 2002.

Cooley, Thomas M., *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, trad. por Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, 2002.

Comparato, Fábio Konder, *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, 3ª ed., São Paulo, 2016.

Comanducci, Paolo, “Princípios Jurídicos e Indeterminación del Derecho”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 1998.

Conche, Marcel, *O Fundamento da Moral*, trad. por Marina Appenzeller, São Paulo, 2006.

Confúcio, *Os Analectos*, trad. por Múcio Porphyri Ferreira, São Paulo, 1968.

Cooper, H. H. A., “La Jurisprudencia Inglesa”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 137, Concepción, 1966.

Copi, Irving M., *Introdução à Lógica*, trad. por Álvaro Cabral, 2ª ed., São Paulo, 1978.

Corsi, Giancarlo, “Sociologia da Constituição”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, trad. por Juliana Neuenschwander Magalhães, nº 39, 2001.

Costa, Cláudio Ferreira, *Filosofia da Linguagem*, Rio de Janeiro, 2002.

Coulanges, Fustel de A *Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia e de Roma*, trad. por J. Cretella Jr./Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo, 2011.

Cover, Robert M., “Nómos e Narração” in *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, trad. por Luis Rosenfield, v. 2, nº 2, julho-dezembro 2016.

Cunha, Paulo Ferreira da, “Concretizar a Constituição”, in *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, nº 18/21, Lisboa, 2012.

_____. *Filosofia do Direito e do Estado*, Belo Horizonte, 2013.

Damásio, António R., *E o Cérebro criou o Homem*, trad. por Laura Teixeira Mota, São Paulo, 2011.

Darwin, Charles, *A Origem das Espécies*, trad. por Eduardo Fonseca, São Paulo, 1995.

David, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. por Hermínio A. Carvalho, 5ª ed., São Paulo, 2014.

Dawson, Christopher, *Criação do Ocidente: A Religião e a Civilização Medieval*, trad. por Maurício G. Righi, São Paulo, 2016.

Debord, Guy, *A Sociedade do Espetáculo*, trad. por Estela dos Santos Abreu, Rio de Janeiro, 1997.

Del Vecchio, Giorgio, “Princípios Gerais de Direito”, trad. por Antônio Pinto de Carvalho, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 5, São Paulo, 1965.

_____. *Evolução e Involução no Sistema Jurídico*, trad. por Henrique de Carvalho, Belo Horizonte, 2005.

_____. *História da Filosofia do Direito*, trad. por João Baptista da Silva, Belo Horizonte, 2010.

Delmas-Marty, Meirelle, *Por um Direito Comum*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2004.

Denisov. A, /Kirichenko A., *Derecho Constitucional Sovietico*, trad. não identificado, Moscu, 1959.

Denninger, Erhard, “Derecho y Procedimiento Jurídico como Engranaje em una Sociedade Multicultural”, in *Derecho Constitucional para la Sociedade Multicultural*, trad. por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 2013.

Derrida, Jacques, *Força do Direito*, trad. por Leyla Perrone-Moises, 2ª ed., São Paulo, 2010.

Descartes, René, *Discurso do Método*, trad. por Paulo Neves, Porto Alegre, 2014.

Dewey, John, “A Democracia Criativa: A Tarefa Diante de Nós”, in *Democracia Cooperativa: Escritos Políticos Escolhidos de John Dewey*, Augusto de Franco/Thamy Pogrebinschi (orgs.), trad. por Traduzca, Porto Alegre, 2008.

_____. “A Democracia é Radical”, trad. por Traduzca, in *Democracia Cooperativa: Escritos Políticos Escolhidos de John Dewey*, Augusto de Franco/Thamy Pogrebinschi (orgs.), Porto Alegre, 2008.

Dimoulis, Dimitri/Martins, Leonardo, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, 2010.

Diskin, Lia, “Ética ou Arte da Convivência”, in *Ética, Valores Humanos e Transformação*, Regina de Fátima Migliori (org.), São Paulo, 1998.

Dolabjian, Diego A. Dolabjian, “La Fuerza Normativa de la Constitución”, in *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 12, nº 24, Buenos Aires, 2014.

Dorin, Louis-André, *Compreender Sócrates*, trad. por Lúcia M. Endlinch Orth, 2ª ed., Petrópolis, 2008.

Drummond, Antônio de Vasconcellos Menezes de, *Preleções de Direito Internacional*, Recife, 1867.

Dudley, Will, *Idealismo Alemão*, trad. por Jacques A. Wainberg, Petrópolis, 2013.

Duguit, León, *Fundamentos do Direito*, trad. por Márcio Pugliesi, 3ª ed., São Paulo, 2009.

Dürig, Günther, “Liberdade de Circulação”, trad. por Luís Afonso Heck, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012.

_____. “Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil”, trad. por Luís Afonso Heck, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012.

_____. “A Concepção da Pessoa Humana da Lei Fundamental”, in *Escritos Reunidos 1952-1983*, trad. por António Francisco de Sousa/António Franco, São Paulo, 2016.

_____. “Sobre o “acórdão Lüth” do Tribunal Constitucional Federal de 15 de janeiro de 1958”, in *Escritos Reunidos 1952-1983*, trad. por António Francisco de Sousa/António Franco, São Paulo, 2016.

Duska, Ronald/Whelan, Mariellen, *O Desenvolvimento Moral na Idade Evolutiva. Um Guia a Piaget e Kohlberg*, São Paulo, 1994.

Dworkin, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*, trad. de Nelson Boeira, São Paulo, 2012.

_____. *O Império do Direito*, trad. por Jeferson Luiz Camargo, 3ª ed., São Paulo, 2014.

_____. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, trad. por Jussara Simões, São Paulo, 2016.

Edmundson, Willam A., *Uma Introdução aos Direitos*, trad. por Evandro Ferreira da Silva, São Paulo, 2006.

Einstein, Albert, *A Teoria da Relatividade Especial e Geral*, trad. por Carlos Almeida Pereira, Rio de Janeiro, 2015.

Ely, John Hart, *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*, trad. por Juliana Lemos, São Paulo, 2016.

Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. por J. Batista Machado, 11ª ed., Lisboa, 2014.

Epstein, Isaac, *Teoria da Informação*, São Paulo, 1986.

_____. *Cibernética*, São Paulo, 1986.

Faralli, Carla, *A Filosofia Contemporânea do Direito: Temas e Desafios*, trad. por Candice Preamaor Gullo, São Paulo, 2006.

Fellet, André Luiz Fernandes, “Rudolf Smend e os Direitos Fundamentais como Ordem Objetiva de Valores”, in *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, Marcelo Novellino (org.), 4ª ed., Salvador, 2010.

Felman, Shoshana, *O Inconsciente Jurídico: Julgamentos e Traumas do Século XX*, trad. por Ariani Bueno Sudatti, São Paulo, 2014

Ferguson, Niall, *Civilização: Ocidente x Oriente*, trad. por Janaína Jacobino, 2ª ed., São Paulo, 2016.

Ferrajoli, Luigi, *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, trad. por Alexandre Salim/*et. al.*, Porto Alegre, 2011.

_____. “Constitucionalismo principalista e Constitucionalismo garantista”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012.

_____. “O Constitucionalismo Garantista e o Estado de Direito”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012.

Filho, Manoel Gonçalves Ferreira, *Direitos Humanos Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo, 1999.

Fine, Toni M., *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*, trad. por Eduardo Saldanha, São Paulo, 2011.

Finnis, John, *Fundamentos de Ética*, trad. por Arthur M. Ferreira Neto, Rio de Janeiro, 2012.

Flores, Ana Paula Pereira/Brancher, Leoberto, “Por uma Justiça Restaurativa para o Século XXI”, in *Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução CNJ 225*, Fabrício Bittencourt da Cruz (org.), Brasília, 2016.

Foerster, Heinz Von, “Por una nueva Epistemología”, in *Metapolítica*, vol. 2, nº 8, 1998.

Fornos, Iván Escobar, *Manual de Derecho Constitucional*, Managua, 1998.

Freitas, Juarez, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 5ª ed., São Paulo, 2010.

Freitas, Manuel Barbosa da Costa, *A Existência de Deus segundo Duns Scoto*, Covilhã, 1966.

Furtado, Celso, “Raúl Prebisch”, in *Cadernos de Desenvolvimento*, vol. 6, nº 9, Rio de Janeiro, jul./dez.2011.

Gadamer, Hans-Georg, *Hermenêutica em Perspectiva*, trad. por Marco Antônio Casanova, 2ª ed., Petrópolis, 2012.

_____. *Verdade e Método – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, vol. I, 15ª ed., trad. por Enio Paulo Giachini, Petrópolis, 2015.

Galtung, Johan, *Direitos Humanos: Uma Nova Perspectiva*, trad. por Margarida Fernandes, Lisboa, 1998.

Garcia Amado, Juan Antonio, “Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann”, in *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*, André-Jean Arnaud/Dalmir Lopes Jr. (org.), trad. por Dalmir Lopes Jr./Daniele Andréa da Silva Manão/Flávio Elias Riche, Rio de Janeiro, 2014.

Giddens, Anthony, *Mundo em Descontrole*, trad. por Maria Luiza X. de A. Borges, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2003.

Gilissen, John, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. por A. M. Hespanha/L. M. Macaísta Malheiros, 2ª ed., Lisboa, 1995.

Giorgi, Raffaele de, *Direito, Tempo e Memória*, trad. por Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo, 2006.

Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*, 11ª ed., São Paulo, 2011.

Gouveia, Jorge Barcelar, “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, in *Direitos Humanos*, Márcia Rodrigues Bertoldi/Karyna Batista Sposato (orgs.), Belo Horizonte, 2011.

Graner, Marcel, *O Pensamento Chinês*, trad. por Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Grau, Eros Roberto, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7ª ed., São Paulo, 2008.

Grinberg, Leon, “Razón e Historia en La Idea de La Justiça”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 128, Concepción, 1964.

Grossi, Paolo, *A Ordem Jurídica Medieval*, trad. por Denise Rossato Agostinetti, São Paulo, 2014.

Guastin, Ricardo, *Das Fontes às Normas*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2005.

Günther, Klaus, *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*, trad. por Claudio Molz, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2011.

Guthrie, W.K.C., *Os Sofistas*, trad. por João Resende Costa, São Paulo, 1995.

Haarscher, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, trad. por Armando Pereira da Silva, Astória, 1997.

Häberle, Peter, *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, trad. de Gilmar Mendes, Porto Alegre, 1997.

_____. *Estado Constitucional Cooperativo*, trad. por Marcos Augustos Maliska e Elisete Anotniuk, Rio de Janeiro, 2007.

_____. *Constituição e Cultura. O Direito ao Feriado como Elemento de Identidade Cultural ao Estado Constitucional*, trad. por Marcos Augusto Maliska/Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro, 2008.

_____. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*, trad. por Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, 1983.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, trad. por Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro, 1989.

_____. *Direito e Moral*, trad. por Sandra Lippert, Lisboa, 1992.

_____. “El Concepto de Dignidad Humana y la Utopía realista de los Derechos Humanos”, in *Diánoia*, vol. LV, nº 64, 2010.

_____. *Direito e Democracia; Entre Facticidade e Validade*, vol. II, trad. por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2011.

_____. *Teoria do Agir Comunicativo, 2: Sobre a Crítica da Razão Funcionalista*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, São Paulo, 2012.

Hamza, Gábor, “Derecho Romano y el Desarrollo Del Derecho Privado en Europa del Este”, in *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña*, nº 17, Galiza, 2013.

Hart, Herbert L.A., *O Conceito de Direito*, trad. por A. Ribeiro Mendes, 6ª ed., Coimbra, 2011.

Hayek, F. A., *O Caminho da Servidão*, trad. por Anna Maria Capovilla/José Ítalo Stelle/Liane de Moraes Ribeiro, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1990.

Heck, Philipp, *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*, trad. por José Osório, São Paulo, 1947.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *A Razão na História: Uma Introdução Geral à Filosofia da História*, trad. por Beatriz Sidou, 2ª ed., São Paulo, 2001.

Hernández, Carlos Bretón Mora, “Los Derechos Humanos en Francisco de Vitoria”, in *ENCLAVES del Pensamiento*, año VII, nº 14, Ciudad de México, 2014.

Hershkoff, Helen, “Just Words: Common Law and the Enforcement of State Constitutional Social and Economics Rights”, in *Stanford Law Review*, vol. 62, 2010.

Hespanha, António Manuel, *História dos Institutos: Época Medieval e Moderna*, Coimbra, 1982.

Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, trad. por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991.

Hessen, Johannes, *Filosofia dos Valores*, trad. por L. Cabral de Moncada, 3ª ed., Coimbra, 1967.

_____. *Teoria do Conhecimento*, trad. por João Vergílio Gallerani Cuter, São Paulo, 1999.

Hill, Christopher, *O Século das Revoluções: 1603-174*, trad. por Alzira Vieira Allegro, São Paulo, 2012.

Hobbes, Thomas, *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, trad. por Rosina D’Angina, 2ª ed., São Paulo, 2012.

Hobsbawm, Eric, *A Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991*, trad. por Marcos Santarrita, São Paulo, 1995.

Hoecke, Mark Van, “El Uso de Principios Jurídicos No Escritos por Los Tribunales”, trad. por Josep Aguiló Regla, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 19, 1996.

Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, in *Harvard Law Review*, nº 110, 1897.

_____. *O Direito Comum: As Origens do Direito Anglo-Saxão*, trad. por J. L. Melo, Rio de Janeiro, 1967.

Horkheimer, Max, “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, in *Os Pensadores*, Zeljko Loparié/Otília B. Fiori (orgs.), vol. XLXIII, São Paulo, 1975.

_____. “Filosofia e Teoria Crítica”, in *Os Pensadores*, Zeljko Loparié/Otília B. Fiori (orgs.), vol. XLXIII, São Paulo, 1975.

_____. *Teoria Crítica: Uma Documentação*, trad. por Hilde Chon, São Paulo, 2015.

Huenemann, Charlie, *Racionalismo*, trad. por Jacques A. Wainberg, Petrópolis, 2012.

Humboldt, Wilhelm Von, *Os Limites da Ação do Estado*, trad. por Jesualdo Correia, Rio de Janeiro, 2004.

Hume, David, *Investigações Acerca do Entendimento Humano*, trad. Anoar Aiex, São Paulo, 2006.

Hunt, Lynn, *A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História*, trad. por Rosaura Eichenberg, São Paulo, 2009.

Ihering, Rudolf Von, *A Luta pelo Direito*, trad. por Mário de Méroe, São Paulo, 2002.

Jaccoud, Mylène, “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”, in *Justiça Restaurativa*, Catherine Slakmon/Renato Campos Pinto De Vitto/Renato Sócrates Pinto (orgs.), trad. por equipe de tradutores da Positive Idiomas, Brasília, 2005.

Jakobs, Monika, “Teologia Feminina”, in *História da Teologia Cristã*, Wolfgang Pauly (org.), trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012

Jakobs, Günther, *A Imputação Objetiva no Direito Penal*, trad. por André Luís Callegari, trad. 3ª ed., São Paulo, 2010.

Jakobs, Günther/Meliá, Manuel Cancio, *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*, trad. por André Luís Callegari/Nereu José Giacomolli, 2ª ed., Porto Alegre, 2007.

Jakobs, Monika, “Teologia Feminina”, Wolfgang Pauly (org.), in *História da Teologia Cristã*, trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012.

James, William, “O Significado da Verdade”, trad. por Pablo Rubén Mariconda, in *Experiência e Natureza: Textos Seleccionados*, São Paulo, 1974.

Japiassu, Hilton Ferreira, *Introdução ao Pensamento Epistemológico*, Rio de Janeiro, 1975.

Jefferson, Thomas, *A Declaração de Independência dos EUA*, trad. por Mariluce Pessoa, Rio de Janeiro, 2004.

Jellinek, Georg, *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Contribuição para a História do Direito Constitucional Moderno*, trad. por Emerson Garcia, São Paulo, 2015.

Jones, Owen D./Marois, René/*et. al.*, “Law and Neuroscience”, in *The Journal of Neuroscience*, nov.2013.

Junior, Goffredo Telles, *Direito Quântico: Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*, 9ª ed., São Paulo, 2014.

Justiniano, *Digesto de Justiniano. Liber Primus*, trad. por Hécio Maciel França Madeira, 7ª ed., São Paulo, 2013.

Kant, Immanuel, *O Conflito das Faculdades*, trad. por Artur Morão, Lisboa, 1993.

_____. *Para a Paz Perpétua*, trad. por Bárbara Kristensen, Galícia, 2006.

_____. *A Metafísica dos Costumes*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2008.

_____. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, trad. por Leopoldo Holzbach, São Paulo, 2011.

_____. *Crítica da Razão Pura*, trad. por Fernando Costa Mattos, 4ª ed., Petrópolis, 2015.

_____. *Crítica da Razão Prática*, trad. por Valério Rohden, 4ª ed., São Paulo, 2016.

_____. *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, trad. Artur Mourão, livro digital disponível www.lusosofia.net.

Karnal, Leandro/Purdy, Sean/Fernandes, Luiz Estevam/*et. al.*, *História dos Estados Unidos: Das Origens ao Século XII*, 3ª ed., São Paulo, 2017.

Kauffmann, Rodrigo de Oliveira, *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*, São Paulo, 2011.

Kelly, John M., *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*, trad. por Marylene Pinto Michael, São Paulo, 2010.

Kelsen, Hans, “El Fundamento de La Validez del Derecho”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 108, Concepción, 1959.

_____. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., São Paulo, 2003.

Kissinger, Henry, *Sobre a China*, trad. por Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro, 2011.

Koch, Ingedore Villaça, *A Inter-Ação pela Linguagem*, 11ª ed., São Paulo, 2015.

Koselleck, Reinhart, *Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos*, trad. por Wilma Patrícia Maas/Carlos Almeida Pereira, Rio de Janeiro, 2015.

Kuhn, Thomas, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. por Beatriz Vianna Boeira/Nelson Boeira, 5ª ed., São Paulo, 1998.

Lafer, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 1988.

Lafont, Sophie, “O Juiz Bíblico”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2009.

Lallement, Michel, *História das Ideias Sociológicas. De Parsons aos Contemporâneos*, trad. por Ephraim F. Alves, 3ª ed., Petrópolis, 2008.

Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. por José Lamago, 7ª ed., Lisboa, 2014.

Lassale, Fernand, *O que é uma Constituição*, trad. por Inês Espada Vieira, Lisboa, 2013.

Lefebvre, Georges, 1789 – *O Surgimento da Revolução Francesa*, trad. por Cláudia Schilling, 2ª ed., São Paulo, 2011.

Lemos, Miguel, *Pequenos Ensaios Positivistas*, Rio de Janeiro, 1877.

Levinson, Justin D./Smith, Robert J., “Systemic Implicit Bias”, in *The Yale Law Journal Forum*, vol. 126, jan.2017.

Levy, Edward H., *Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico*, trad. por Eneida Vieira Santos, São Paulo, 2005.

Lôbo, Paulo, *Direito Civil. Parte Geral*, São Paulo, 2009.

Locke, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, trad. por Alex Marins, São Paulo, 2011.

Löwenstein, Karl, *Teoría de Lá Constituición*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona, 1975.

Logan, Robert K., *O que é Informação*, trad. por Adriana Braga, Rio de Janeiro, 2012.

Losano, Mario G., *Sistemas e Estrutura no Direito*, vol. 1: *Das Origens à Escola Histórica*, trad. por Carlos Alberto Dastoli, São Paulo, 2008.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito*, vol. 2: *O Século XX*, trad. por Luca Lamberti, São Paulo, 2010.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito*, vol. 3: *Do século XX à pós-modernidade*, trad. por Carlo Alberto Dastoli, São Paulo, 2011.

_____. “Direito e Geografia: O Espaço do Direito e o Mundo da Geografia”, trad. por Alfredo de J. Flores, in *Direito e Justiça*, vol. 40, nº 40, jan./jun. 2014.

Love, Joseph L., “Ideias e Ideologias Econômicas para América Latina, c. 1930 –c, 1990”, in *A América Latina após 1930: Ideias, Cultura e Sociedade*, Leslie Bethell (org.), vol. VIII, trad. por Gilson Cesar Cardoso de Sousa, São Paulo, 2011.

Luhmann, Niklas, *Sociologia do Direito I*, trad. por Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, 1983.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*, trad. por Ana Cristina Arantes Nasser, 3ª ed., Petrópolis, 2011.

_____. *O Direito da Sociedade*, trad. por Saulo Krieger/Alexandre Agnolon, São Paulo, 2016.

MacCormick, Neil, *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, trad. por Waldéa Barcellos, 2ª ed., São Paulo, 2009.

MacCraw, Thomas K., *O Profeta da Inovação*, trad. por Clóvis Marques, Rio de Janeiro, 2012.

Mac-Crorie, Benedita Ferreira da Silva, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2005.

Macêdo, Fabrício Meira, “O Princípio da Proibição da Insuficiência no Supremo Tribunal Federal”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, ano 3, nº 9, 2014.

Maigné, Carole, “Gottfried Wilhelm Leibniz”, in *História da Filosofia*, Jean-François Pradeau (org.), trad. por James Bastos Arêas/Noéli Correia de Melo Sobrinho, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2012.

Maquiavel, Nicolau, *O Príncipe*, trad. por Maria Lucia Cumo, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999.

Marrafon, Marco Aurélio, “Texto Constitucional não é Norma, mas Vincula”, in *Revista Consultor Jurídico*, publicação diária e unicamente virtual disponibilizada aos 28/dez./2015.

Marshall, Christopher D., “Pelo Amor de Deus! Terrorismo, Violência Religiosa e Justiça Restaurativa”, in *Justiça Restaurativa*, Catherine Slakmon/Renato Campos Pinto De Vitto/Renato Sócrates Pinto (orgs.), trad. por equipe de tradutores da Positive Idiomas, Brasília, 2005.

Martinez, Jenny S., “Human Rights and History” in *Harvard Law Review Forum*, vol. 126, may 2013.

Martins, Ana Maria Guerra/Roque, Miguel Prata, “A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais: A Posição do Tribunal Constitucional Português”, in *Relatório da Conferência*

Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português, Santiago de Compostela, 2014.

Martins-Costa, Judith/Branco, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 2002.

Marx, Karl/Engels, Friedrich, *Lutas de Classes na Alemanha*, trad. Nélío Schneider, São Paulo, 2010.

Marx, Karl, *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, trad. por Rubens Enderle/Leonardo de Deus, 3ª ed., São Paulo, 2013.

_____. *O Capital*, trad. por Gabriel Deville, 3ª ed., São Paulo, 2016.

Maturana, Humberto, “A Biologia do Conhecer”, in *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/*et. al.* (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014.

_____. “O que se Observa depende do Observador”, in *Gaia – Uma Teoria do Conhecimento*, Willian Irwin Thompson (org.), trad. por Silvio Cerqueira Leite, 4ª ed., São Paulo, 2014.

_____. “A Biologia da Linguagem. A Epistemologia da Realidade”, in *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/*et. al.* (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014.

_____. “Seres Humanos Individuais e Fenômenos Sociais Humanos”, in *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/*et. al.* (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014.

Maturana, Humberto/Varela, Francisco, *A Árvore do Conhecimento. As Bases Biológicas do Entendimento Humano*, trad. por Jonas Pereira dos Santos, São Paulo, 1995.

_____. *De Máquinas y Seres Vivos. Autopoiésis: La Organización de Lo Vivo*, Buenos Aires, 2003.

Maus, Ingeborg, “Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Orfã”, in *Novos Estudos*, nº 58, novembro 2000.

Mazzini, Giuseppe, *Os Deveres do Homem*, trad. por Antônio Piccarolo/Leonor de Aguiar, São Paulo, 2004.

Mead, Margaret/Benedict, Ruth/Sapir, Edward, *Cultura e Personalidade*, Celso Castro (org.), trad. por Maria Luiza X. de Borges, Rio de Janeiro, 2015.

Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, São Paulo, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, 2013.

Mendenhall, Allen, “Oliver Wendell Holmes Jr. and the Darwinian Common law Paradigm”, in *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, vol. II, 2015.

Mendes, Gilmar Ferreira/Oliveira, Inocêncio Mártires/Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2009.

Mendonça, Paulo Roberto Soares, *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, 2003.

Meza, María Cecilia Añaños, “El Título de “Sociedad y Comunicación Natural” de Francisco Vitoria, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Ciudad de México, 2011.

Miaille, Michel, *Introdução Crítica ao Direito*, trad. por Ana Prata, 3ª ed., Lisboa, 2005.

Michael, Lothar/Morlok, Martin, *Direitos Fundamentais*, trad. por António Francisco de Sousa/António Franco, São Paulo, 2016.

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 5ª ed., Coimbra, 2012.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2015.

Mirândola, Pico Della, *A Dignidade do Homem*, trad. por Luiz Feracine, São Paulo, 1985.

Mitidiero, Daniel, *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, São Paulo, 2009.

Montesquieu, *O Espírito das Leis*, trad. por Cristina Murachco, 2ª ed., São Paulo, 2000.

Moreso, José Juan, “Alexy y La Aritmética de La Ponderación”, in *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, 2009.

Morin, Edgar, *Introdução ao Pensamento Complexo*, trad. por Eliane Lisboa, 4ª ed., Porto Alegre, 2011.

Mozos-Touya, José-Javier de Los, “O Juiz Romano na Época Clássica”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2010

Muguerza, Javier, “Cosmopolitismo y Derechos Humanos”, in *Ética e Globalización: Cosmopolitismo, Responsabilidade y diferencia en un Mundo Global*, Vicente Serrano Marín (org.), Madrid, 2004.

Mulgan, Tim, *Utilitarismo*, trad. por Fábio Creder, 2ª ed., Petrópolis, 2014.

Müller, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional*, trad. por Peter Naumann, 4ª ed., São Paulo, 2010.

_____. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodica Estruturante*, Vários tradutores, 3ª ed., São Paulo, 2013.

Müller, Ingo, *Los Juristas Del Horror. La “Justicia” de Hitler: El Passado que Alemania no Puede Dejar Atrás*, trad. por Carlos Armando Figueredo, Caracas, 2006.

Nagel, Thomas, *Uma Breve Introdução à Filosofia*, trad. por Silvana Vieira, 2ª ed., São Paulo, 2007.

Neto, Francisco dos Santos Amaral, “A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: Perspectiva Estrutural e Funcional”, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 102, Brasília, abr./jun.1989

Neto, Antônio Augusto Machado de Campos, “O Hinduísmo, O Direito Hindu, O Direito Indiano”, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 104, São Paulo, 2009.

Neto, Cláudio Pereira de Souza/Sarmiento, Daniel, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2016.

Neumann, John Von, *O Computador e o Cérebro*, trad. por Manuel Marques, Lisboa, 2005.

Neuner, Jörg, “A Influência dos Direitos fundamentais no Direito Privado Alemão”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), trad. por Pedro Scherer de Mello Aleixo, Coimbra, 2007.

Neves, A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993.

Neves, Marcelo, “A Força Simbólica dos Direitos Humanos”, in *Rede – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, Salvador, 2005.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo, 2006.

_____. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais como diferença Paradoxal do Sistema Jurídico*, São Paulo, 2014.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*, 3ª ed., São Paulo, 2016.

Neves, Márcia Vital, *Teologia da Libertação, Mística e MST: O Papel da Comunicação Global na Organização Política do Movimento*, Fortaleza, 2014.

Nino, Carlos Santiago, “Autonomía y Necesidades Básicas”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 7, 1990.

_____. “Justiça”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 1993.

_____. *Ética e Direitos Humanos*, trad. por Nélio Schneider, São Leopoldo, 2011.

_____. *Introdução à Análise do Direito*, trad. por Elza Maria Gasparotto/Denise Matos Marino, São Paulo, 2015.

Nipperdey, Hans Carl, “Livre Desenvolvimento da Personalidade”, trad. por Luís Afonso Heck, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012.

Nobre, Marcos, *A Teoria Crítica*, Rio de Janeiro, 2004.

Noüy, Lecomte Du, *A Dignidade Humana*, trad. por Cruz Malpique, 3ª ed., Porto, 1955.

Novais, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006.

_____. *Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra, 2010.

_____. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2014.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. I, *Dignidade e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2016.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, Coimbra, 2016.

Novelino, Marcelo, “O STF e a Opinião Pública”, in *Jurisdição Constitucional e Política*, Daniel Sarmento (org.), Rio de Janeiro, 2015.

Nozick, Robert, *Anarquia, Estado e Utopia*, trad. por Fernando Santos, São Paulo, 2016.

Nunes, António José Avelãs, *A Revolução Francesa: As Origens do Capitalismo. A Nova Ordem Jurídica Burguesa*, Belo Horizonte, 2017.

Oliveira, Manfredo A. de, *Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, 4ª ed., São Paulo, 2015.

Oliveira, Marta Kohl de, *Vygotsky – Aprendizado e Desenvolvimento. Um processo sócio-histórico*, 4ª ed., São Paulo, 2008.

Oliveira, Nazareth/Gomes, Carla de Marcelino/Santos, Rita Páscoa dos, *Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática*, Coimbra, 2015.

Olhe, Julian Gaviria, “El Constitucionalismo de los Derechos: Ensayos de Filosofía Jurídica”, in *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, Madrid, sep. 2013/feb. 2014.

Ordeñana, Juan Goti, “Principios y Derechos en Francisco Vitoria”, in *Derecho y Opinión*, Córdoba, 1999.

Otero, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2009.

Palacios, Omar A. García, *Curso de Derecho Constitucional*, Manáguá, 2011.

Palombella, Gianluigi, *Filosofia do Direito*, trad. por Ivone C. Benedetti, São Paulo, 2005.

Parsons, Talcoot, “Uma Visão Geral”, in *A Sociologia Americana: Perspectivas, Problemas, Métodos*, Talcoot Parsons (org.), trad. por Octavio Mendes Cajado, São Paulo, 1968.

_____. *On Building Social System Theory: A Personal History*, “Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Science, 1970.

Paula, Daniel Giotti, “Ainda Existe Separação de Poderes? A invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Constitucionalização da Política”, in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, André Luiz Fernandes Fellet/Daniel Giotti de Paula/Marcelo Novelino (orgs.), Salvador, 2013.

Paulo VI, Papa, “Dignitatis Humanae”, texto disponibilizado do site do Vaticano (www.vatican.va).

Pauly, Wolfgang, “A Era do Iluminismo e seus efeitos até a Revolução Francesa”, in *História da Teologia Cristã*, Wolfgang Pauly (org.), trad. por Cesar Ribas Cezar/Marta Biazucci, São Paulo, 2012.

Perelman, Chaïm, *Ética e Direito*, trad. por Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, 1996.

_____. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, trad. por Verginia K. Pupi, São Paulo, 1998.

_____. *Retóricas*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª ed., São Paulo, 2004.

Perelman, Chaïm/Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado da Argumentação Jurídica: A Nova Retórica*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 3ª ed., São Paulo, 2014.

Pérez Luño, Antônio Enrique, *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*, trad. por José Luis Bolzan de Moraes/Valéria Ribas do Nascimento, Porto Alegre, 2012.

Pernice, Ingolf, “La Dimensión Global del Constitucionalismo Multinivel: Una Respuesta Legal a los Desafíos de la Globalización”, in *Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, Madrid, 2012.

Pessanha, José Américo Motta, “Aristóteles: Vida e Obra”, notas introdutórias in *Aristóteles*, vol. 1, *Os Pensadores*, trad. por Leonel Vallandro/Gerd Bornheim, São Paulo, 1978.

Pierce, Charles, *Semiótica*, trad. por José Teixeira Coelho Neto, São Paulo, 2005.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, *Direitos Fundamentais*, trad. por Antônio Francisco de Sousa/Antônio Franco, São Paulo, 2012.

Pinheiro, Alexandre Sousa, “A Jurisprudência da Crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013)”, in *Observatório de Jurisprudência Constitucional*, ano 7, nº 1, Brasília, jan./jun. 2014.

Pinto, Paulo Mota, “A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jürg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), Coimbra, 2007.

_____. *A República*, trad. por Maria Helena da Rocha Pereira, 9ª ed., Lisboa, 2005.

Popper, Karl, *Lógica das Ciências Sociais*, trad. por Estevão de Rezende Martins/Ápio Cláudio Muniz Acquarone Filho/Vilma de Oliveira Moraes e Silva, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2004

A Lógica da Pesquisa Científica, trad. por Leonidas Hegenberg/Octanny Silveira da Mota, 2ª ed., São Paulo, 2013.

Posner, Richard A., *Para Além do Direito*, trad. por Evandro Ferreira e Silva, São Paulo, 2009.

_____. *A Economia da Justiça*, trad. por Evandro Ferreira e Silva, São Paulo, 2010.

_____. *Direito, Pragmatismo e Democracia*, trad. por Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, 2010.

_____. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*, trad. por Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo, 2012.

Pound, Roscoe, *Justiça Conforme a Lei*, E. Jacy Monteiro, São Paulo, 1965.

_____. *Liberdade e Garantias Constitucionais*, trad. por E. Jacy Monteiro, 2ª ed., São Paulo, 1976.

Pozzolo, Susanna, “O Neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico”, in *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As Faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição*, Florianópolis, 2012.

Platão, *A República*, trad. por Maria Helena da Rocha Pereira, 9ª ed., Lisboa, 2005.

Prakash, Saikrishina Bangalore, “A Fool for the Original Constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 130, nº 4, nov. 2016.

Prata, Ana *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1982.

Prodi, Paolo, *Uma História da Justiça*, trad. por Karina Jannini, São Paulo, 2005.

Pufendorf, Samuel, *Os Direitos do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural*, trad. por Eduardo Francisco Alves, Rio de Janeiro, 2007.

Pulido, Carlos Bernal, “Estructura y Límites de la Ponderación”, in *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 1989.

Pulido, Carlos Bernal, “Estructura y Límites de la Ponderación”, in *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 1989.

Queiroz, Cristina, “Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade”, in *Interpretação Constitucional*, Virgílio Afonso da Silva (Org.), São Paulo, 2007.

Radbruch, Gustav, *Filosofia do Direito*, vol. II, trad. por L. Cabral de Moncada, 4ª ed., Coimbra, 1961.

_____. *O Espírito do Direito Inglês e a Jurisprudência Anglo-Americana*, trad. por Elisete Antoniuk, Rio de Janeiro, 2010.

Radice, Roberto, *Estoicismo*, trad. por Alessandra Siedschlag, São Paulo, 2016.

Ramírez, José María Porras, *Integração Supranacional: Dimensões da Proteção Multinível dos Direitos e Sistema de Governo da União Europeia*, trad. por Paulo Roberto Barbosa Ramos, São Paulo, 2016.

Ratzinger, Joseph Card. Ratzinger, “Instrução sobre alguns aspectos da Teologia da Libertação”, texto disponível *online*, no site oficial do Vaticano (www.vatican.va).

Rawls, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. por Jussara Simões/Álvaro de Vita, 4ª ed., São Paulo, 2016.

Raz, Joseph, *Valor, Respeito e Apego*, trad. Vadim Nikitin, São Paulo, 2004.

_____. *Razão Prática e Normas*, trad. por José Garcez Ghiradi, Rio de Janeiro, 2010.

_____. *O Conceito de Sistema Jurídico. Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*, trad. por Maria Cecília Almeida, São Paulo, 2012.

Reale, Giovanni, *Estoicismo, Ceticismo e Ecletismo: História da Filosofia Grega e Romana*, vol. VI, trad. por Marcelo Perine, 2ª ed., São Paulo, 2015.

Reale, Miguel, “Concreção de Fato, Valor e Norma no Direito Romano Clássico”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 49, São Paulo, 1954.

_____. “Fundamentos da Concepção Tridimensional do Direito”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 56, São Paulo, 1961.

_____. “A Problemática dos Valores no Mundo Contemporâneo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 56, São Paulo, 1961.

_____. “O Legado de Hobbes à Filosofia dos Direito e do Estado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 74, São Paulo, 1979.

_____. “Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 88, São Paulo, 1993.

Reboul, Olivier, *Introdução à Retórica*, trad. por Ivone Castilho Benedetti, São Paulo, 2004

Resweber, Jean-Paul, *A Filosofia dos Valores*, trad. por Marina Ramos Themudo, Coimbra, 2002.

Rivero, Jean/Moutouh, Hugues, *Liberdades Públicas*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, 2006.

Rocha, Leonel Severo/Weyermüller, André Rafael, “Comunicação Ecológica por Niklas Luhmann”, in *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 19, jan./abr., 2014.

Rocher, Guy, *Talcott Parsons e a Sociologia Americana*, trad. por Olga Lopes da Cruz, Rio de Janeiro, 1976.

Romano, Santi, *O Ordenamento Jurídico*, trad. por Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis, 2008.

Romashkin, P., *Fundamentos del Derecho Sovietico*, trad. por Jose Echenique, Moscú, 1962.

Romeyer-Dherbey, Gilbert, *Os Sofistas*, trad. por João Amado, Lisboa, 1986.

Ross, Alf, *Direito e Justiça*, trad. por Edson Bini, São Paulo, 2000.

Rousseau, Jean-Jacques, *O Contrato Social: Princípios do Direito Político*, trad. por Edson Bini, 2ª ed., São Paulo, 2015.

Sacco, Rodolfo, *Antropologia Jurídica. Contribuição para uma Macro-História do Direito*, trad. por Carlos Alberto Dastoli, São Paulo, 2013.

Sager, Lawrence G. “Congress’s Authority to Enact the Violence Against Women Act: One More Pass at the missing Argument”, in *The Yale Law Journal Online*, vol. 121, abr.2012.

Santamaria, Ramiro Ávila, *El Constitucionalismo Transformador: El Estado y El Derecho en La Constitución de 2008*, Quito, 2011.

Santos, Boaventura de Souza, “Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, Coimbra, 1997.

_____. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*, Rio de Janeiro, 2007.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre, 2015.

Sarlet, Ingo/Marinoni, Luis Guilherme/Mitidiero, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2012.

Sarmiento, Daniel, “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, Belo Horizonte, 2016.

Sarmiento, Daniel/Neto, Cláudio Pereira de Sousa, *Direito Constitucional. Teoria, História e Roteiro de Trabalho*, Belo Horizonte, 2012.

Saussure, Ferdinand de, *Curso de Linguística Geral*, trad. por Antônio Chelini/João Paulo Paes/Izidoro Blikstein, 27ª ed., São Paulo, 2006.

Savigny, Friedrich Karl Von, *Metodologia Jurídica*, trad. por Hebe A. M. Caletti Marengo, Campinas, 2004.

Schutz, Alfred, *Fenomenologia e Relações Sociais*, Helmut R. Wagner (org.), trad. por Ângela Melin, Rio de Janeiro, 1979.

Segall, Eric J., “The Constitution means what the Supreme Court says it means”, in *Harvard Law Review Forum*, vol. 129, feb. 2016.

Scannone, Juan Carlos, “La Filosofía de la Liberación: Historia, Características, Vigencia actual”, in *Teologia y Vida*, vol. L, 2009.

Scheler, Max, *Da Reviravolta dos Valores*, trad. por Marco Antônio dos Santos Casa Nova, 2ª ed., Petrópolis, 2012.

Schioppa, Antonio Padoa, “Sobre a Consciência do Juiz no *ius commune* europeu”, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*, Jean-Marie Carbasse/Laurence Depambour-Tarride (orgs.), trad. por Cleonice Paes Barreto Mourão, Belo Horizonte, 2010.

_____. *História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea*, trad. por Marcos Marcionilo/Silvana Cobucci Leite, São Paulo, 2014.

Schmitt, Carl, “La Tirania de Los Valores”, in *Revista Estudios Políticos*, trad. por Anima Schmitt de Otero, nº 115, Madrid, 1961.

_____. *O Guardião da Constituição*, trad. por Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, 2007.

_____. *O Nómos da Terra no Direito das Gentes do Jus Publicum Europaeum*, trad. por Alexandre Franco de Sá/Bernardo Ferreira/*et. al.*, Rio de Janeiro, 2014.

Schneewind, J.B., *A Invenção da Autonomia: Uma História da Filosofia Moral Moderna*, trad., Magda França Lopes, São Leopoldo, 2005.

Schwabe, Jürgen, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. de Leonardo Martins/*et. al.*, Mondevideo, 2005.

_____. “O Chamado Efeito perante Terceiros dos Direitos Fundamentais para a Influência dos Direitos Fundamentais no Tráfico do Direito Privado”, trad. por José Roberto Ludwig, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*, Luís Afonso Heck (org.), Porto Alegre, 2012.

Scotus, Duns, *Tratado do Primeiro Princípio*, trad. por Carlos Nougué, São Paulo, 2015.

Scott, Bernad, “Heinz Von Foerster – An Appreciation”, in *Cybernetics and Human Knowing*, vol. 10, nº 2.

Shannon, C. E., “A Mathematical Theory of Communication”, in *The Bell System Technical Journal*, vol. 27, July-October 1948.

Shook, John R., *Os Pioneiros do Pragmatismo Americano*, trad. por Fábio M. Said, Rio de Janeiro, 2002.

Sieyès, Abade, *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*, trad. por Emerson Garcia, 2ª ed., São Paulo, 2015.

Silva, Jorge Pereira da, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015.

Silva, José Afonso, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, 2014.

Silva, Virgílio Afonso da, *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre privados*, São Paulo, 2008.

_____. “Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Transnacional”, Marina C.A. Lima (org.), in *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*, Marina C.A. Lima (org.), São Paulo, 2010.

_____. “Ponderação e Objetividade na interpretação constitucional”, in *Direito e Interpretação; Racionalidades e Instituições*, Ronaldo Porto Macedo Jr/Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), São Paulo, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, 2014.

Silverman, Bradley, “Statutory Ambiguity in King v. Burwell: Time of Categorical Chevron Rule”, in *The Yale Law Journal Forum*, jun.2015.

Simmel, Georg, *Ensaio sobre Teoria da História*, trad. por Estela dos Santos Abreu, Rio de Janeiro, 2011.

Singer, Reinhard, “Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho”, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma Perspectiva de Direito Comparado*, António Pinto Monteiro/Jörg Neuner/Ingo Sarlet (orgs.), trad. por Pedro Scherer de Mello Aleixo, Coimbra, 2007.

Skinner, B. F., *Para Além da Liberdade e da Dignidade*, trad. por Joaquim Lourenço Duarte Peixoto, Lisboa, 1971.

Solan, Lawrence M., “Can Corpus Linguistics Helps make Originalism Scientific?”, in *The Yale Law Journal Forum*, mai.2016.

Souto, João Carlos, *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*, 2ª ed. São Paulo, 2015.

Souza, Robson Sávio Reis, “O Comunitarismo Cristão e suas Influências na Política Brasileira – Uma Revisão sobre o Comunitarismo Católico Brasileiro”, in *Revista Horizonte*, vol. 6, nº 12, Belo Horizonte, jun.2008.

Sowell, Thomas, *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Um Estudo Empírico sobre Cotas e Grupos Preferenciais*, trad. por Joubert de Oliveira Brízida, São Paulo, 2016.

Steinmetz, Wilson, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2004.

_____. “Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais”, Virgílio Afonso da Silva (Org.), in *Interpretação Constitucional*, São Paulo, 2007.

Story, Joseph, *Comentários a Constituição dos Estados Unidos*, vol. II, trad. por Theophilo Ribeiro, Outro Preto, 1894.

Strauss, Leo, *Direito Natural e História*, trad. por Bruno Costa Simões, São Paulo, 2014.

Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, Porto Alegre, 1999.

_____. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil”, in *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 8, nº 2, maio/ago. 2003.

_____. “Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalização”, in *Observatório da Jurisprudência Constitucional – IDP*, ano 6, vol. 1, Brasília, mai./2003.

_____. *O que é isto? – Decido conforme minha consciência*”, Porto Alegre, 2010.

_____. “Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-positivismo”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012.

Streck, Lenio Luiz/Barreto, Martonio Mont’Alverne/Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de, “A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações Constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional”, in *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica Fundiopi*, 2008.

Swami Prabhupāda, A.C. Bhaktivedanta, *Karma: A Justiça Infalível*, sem indicação de tradutores, São Paulo, 2013.

Sowell, Thomas, *Ação Afirmativa ao Redor do Mundo: Um Estudo Empírico sobre Cotas e Grupos Preferenciais*, trad. por Joubert de Oliveira Brízida, São Paulo, 2016.

Taureck, Bernhard H. F., *A Dignidade Humana na Era da sua Supressão: Um Escrito Polêmico*, trad. por Luiz Carlos Bombassaro, São Leopoldo, 2007.

Tavares, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, 2003.

Teixeira, Anderson Vichinkesk, “Ativismo Judicial: Nos Limites entre a Racionalidade e a Decisão Política”, in *Revista DireitoGV*, nº 8, vol. 8, São Paulo, jan./jun. 2012.

Teubner, Gunther, “As Duas Faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós-Moderna”, in *Direito, Sistema e Policontextualidade*, trad. por Brunela Vieira de Vincezi, Piracicaba, 2005.

_____. *Fragmentos Constitucionais na Globalização*, trad. por Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, São Paulo, 2016.

Thomas Paine, *Direitos do Homem*, trad. por Edson Bini, Bauru, 2005.

Thoreau, Henry David, *A Desobediência Civil*, trad. por Sérgio Karam, Porto Alegre, 2014.

Tocqueville Alexis de, *A Democracia na América: Leis e Costumes*, livro I, trad. por Eduardo Brandão, 3ª ed., São Paulo, 2014.

_____. *A Democracia na América: Sentimentos e Opiniões*, livro II, trad. por Eduardo Brandão, 2ª ed., São Paulo, 2014.

Toma, Víctor García, *Teoría Del Estado e Derecho Constitucional*, Arequipa, 2010.

Torres, Ricardo Lobo, “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

Toulmin, Stephen E., *Os Usos do Argumento*, 2ª ed., trad. por Reinaldo Guarany, São Paulo, 2006.

Tribe, Laurence H., “Transcending the Youngstown Triptych: A Multidimensional Reappraisal of Separation of Power Doctrine”, in *The Yale Law Journal*, vol. 126, jul. 2016.

Trindade, André Karam, “Garantismo versus neoconstitucionalismo: Os Desafios do Protagonismo Judicial em Terra Brasilis”, in *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Luigi Ferrajoli/Lenio Luiz Streck/*et. al.* (orgs.), Porto Alegre, 2012.

Troncoso, Moises Poblete, “Los Derechos Humanos Y Las Naciones Unidas”, in *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, nº 85, Concepción, 1953.

Troper, Michel, *A filosofia do Direito*, trad. por Ana Deiró, São Paulo, 2008.

Tugendhat, Ernst, *Lições sobre a Ética*, trad. por Róbson Ramos dos Reis/Aloísio Ruedell/*et. al.*, 2ª ed., Petrópolis, 1997.

_____. *O Problema da Moral*, Porto Alegre, 2003.

Vale, André Rufino do, *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, Porto Alegre, 2004.

_____. *Estrutura das Normas Constitucionais de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*, São Paulo, 2009.

Varela, Francisco J., *Sobre a Competência Ética*, trad. por Arthur Morão, Lisboa, 1995.

_____. *Conhecer - As Ciências Cognitivas. Tendências e Perspectivas*, trad. por Maria Teresa Guerreiro, Lisboa, 2016.

Vaz, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição. O que é Constituição, hoje?*, Coimbra, 2012.

Veloso, Carlos Mário da Silva, “Da jurisdição constitucional ou do Controle de constitucionalidade”, in *Tratado de Direito Constitucional*, Ives Gandra da Silva Martins/Gilmar Ferreira Mendes/Carlos Valder do Nascimento (orgs.), 2ª ed., São Paulo, 2012.

Verdú, Pablo Lucas, “Humanidade e Derechos Humanos”, in *Anuario de Derechos Humanos: Nueva Época*, vol. I, Madrid, 2000.

Veyne, Paul, *Sêneca e o Estoicismo*, trad. por André Telles, São Paulo, 2016.

Viana, Ulisses Schwartz, *Repercussão Geral sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*, 2ª ed., São Paulo, 2011.

Viehweg, Theodor, *Tópica e Jurisprudência: Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-científicos*, trad. por Kelly Susane Alflen da Silva, Porto Alegre, 2008.

Vieira, Oscar Vilhena, “Realinhamento Constitucional”, in *Direito Global*, Carlos Ari Sundfeld/Oscar Vilhena Vieira (orgs.), São Paulo, São Paulo, 1999.

Vigo, Rodolfo, “Derecho y moral em el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”, in *Prudentia Iuris*, nº 74, 2012.

Vilanova, Lourival, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, 1997.

Villey, Michel, *Direito Romano*, trad. por Fernando Couto, Porto, 1991.

_____. *O Direito e os Direitos Humanos*, trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, 2007.

_____. *Filosofia do Direito: Definições e Fins do Direito. Os meios do Direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar, 2ª ed., São Paulo, 2008.

Vygotsky, L. S., *A Formação Social da Mente. O Desenvolvimento dos Processos Psicológicos Superiores*, trad., José Cipolla Neto/Luís Silveira Menna Barreto/Solange Castro Afeche, 7ª ed., São Paulo, 2008.

Waldron, Jeremy, *A Dignidade da Legislação*, trad. por Luís Carlos Borges, São Paulo, 2003.

_____. “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, in *Harvard Law Review*, vol. 123, 2010.

Walzer, Michael, *Esferas da Justiça: Uma Defesa do Pluralismo e da Igualdade*, trad. por Jussara Simões, São Paulo, 2003.

_____. “Global and Local Justice”, in *New York University School of Law*, NY, 2011.

Warat, Luis Alberto, *O Direito e sua Linguagem*, 2ª versão, Porto Alegre, 1995.

Watzlawick, Paul/Beavin, Janet Helmick/Jackson, Don D., *Pragmática da Comunicação Humana: Um Estudo dos Padrões da Comunicação Humana*, trad. por Álvaro Cabral, São Paulo, 1966.

Weber, Max, “Burocracia e Liderança Política”, in *Os Economistas – Textos Seleccionados*, trad. por Maurício Tragtenberg/Waltensir Dutra Calógeras/*et. al.*, São Paulo, 1997.

Weiner, Norbert, *Cibernética e Sociedade. O uso humano de seres humanos*, trad. por José Paulo Paes, São Paulo, 1954.

Weinreb, Lloyd L., *A Razão Jurídica*, trad. por Bruno Costa Simões, São Paulo, 2008.

Whitehead, A. N., *A Função da Razão*, trad. por Fernando Dídimo Vieira, Brasília, 1985.

Wittgenstein, Ludwig, *Investigações Filosóficas*, trad. por José Carlos Bruni, São Paulo, 1975.

Xavier, Leyserée Adriene Fritsch, “A Religião de Akhenaton e a Supressão do Culto a Osiris”, in *História: Questões e Debates*, vol. 63, nº 2, Curitiba, jul./dez. 2015.

Xavier, João Theodoro, *Theoria Transcendental do Direito*, Província de São Paulo, 1876.

Zagrebelsky, Gustavo, “La Ley, El Derecho y La Constitución”, trad. por Carlos Ortega Santiago, in *Revista Española de Derecho Constitucioal*, ano 24, nº 72, Septiembre-Diciembre, 2004.

Zehr, Howard, *Trocando as Lentes: Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça*, trad. por Tânia Van Acker, São Paulo, 2008.

Zippelius, Reinhold, *Introdução ao Estudo do Direito*, trad. por Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte, 2006.

_____. *Filosofia do Direito*, trad. por António Franco/António Francisco de Souza, São Paulo, 2012.

_____. *Teoria do Método Jurídico*, trad. por António Franco/António Francisco de Sousa, 11ª ed., São Paulo, 2016.

2. Livros religiosos

Alcorão

Babilonian Talmud 31ªShabbath

Bhagavad Gita

Bíblia

The Dhammapada: The Buddha's Path of Wisdom, translated by Acharya Buddharakkhita, Sri Lanka, 1985.

Torá

3. Entrevistas

Maturana, Humberto. Entrevista [julho de 1990]. Entrevistador Cristina Magro. A íntegra da entrevista encontra-se na coletânea de *papers do cientista chileno* sintetizados em Humberto Maturana, *A Ontologia da Realidade*, Humberto Maturana/Cristina Magro/*et. al.* (org.), 2ª ed., Belo Horizonte, 2014).

Morais, Carlos Blanco de, Entrevista [2 de abril de 2007]. Entrevistador Brenno Grillo. A íntegra disponibilizada no sítio eletrônico Conjur.com.

Pöttker, Horst, Entrevista [3 de março de 2015]. Entrevistador Sarah Judith Hoffmann. A íntegra da entrevista encontra-se no site da *Revista Carta Capital*.

Streck, Lenio Luis. Entrevista publicada [out./dez. 2011] na *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 81, nº 4, ano XXIX, Belo Horizonte, out./dez. 2011.

4. Editoriais

“Chinese Common Law? Guiding Cases and Justicial Reform”, in *Harvard Law Review*, vol. 129, jun. 2016.

5. Dissertações, teses e monografias

Bonsaglia, Alexandre Antonucci, *Sentenças Aditivas na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, 2010, Especialização (Monografia em Direito) – SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público.

Carvalho, Ana Cláudia Campina, *António Oliveira Salazar: Discurso Político e “retórica” dos Direitos Humanos*, Salamanca, 2012, doutoramento (tese em Direito), Universidade de Salamanca.

Chapot, Gisele, *O Senhor da Ordenação: Um Estudo da Relação entre o Faraó Akhenatón e as oferendas divinas e funerárias durante a Reforma de Amarna (1353-1335 a.C.)*, Niterói, 2007, mestrado (dissertação em História Social), UFF - Universidade Federal Fluminense.

Colpani, Clóvis Lopes, *A Influência da Teoria da Libertação na Formação da Teoria dos Direitos Humanos a partir da Realidade Latino-americana*, Florianópolis, 2002, mestrado (dissertação em Direito), UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina.

Junior, Marco Antônio Mitidiero, *A Ação Territorial de uma Igreja Radical: Teologia da Libertação, Luta pela Terra, Comissão Pastoral da Terra no Estado da Paraíba*, São Paulo, 2008 (tese em Geografia), USP – Universidade de São Paulo.

Rodrigues, Luís Fernando Matricardi, *A Proibição de Insuficiência e o STF: Há Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal?*, Relatório (especialização), Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

Santos, Irinéia Maria Franco dos, *Luta e Perspectiva da Teologia da Libertação. O caso da Comunidade São João Batista, Vila Rica, São Paulo: 1980-2000*, São Paulo, 2006, mestrado (dissertação em História), USP- Universidade de São Paulo

Silva, Sandro Ramon Ferreira da, *Teologia da Libertação: Revolução e Reação Interiorizadas na Igreja*, Niterói, 2006, mestrado (dissertação História), UFF – Universidade Federal Fluminense.

Solano, Víctor Eduardo Orozco, *La Fuerza Normativa de La Constitución frente a las Normas Preconstitucionales*, Ciudad Real, 2010, doutoramento (tese em direito), Universidad de Castilla-La Mancha.